

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

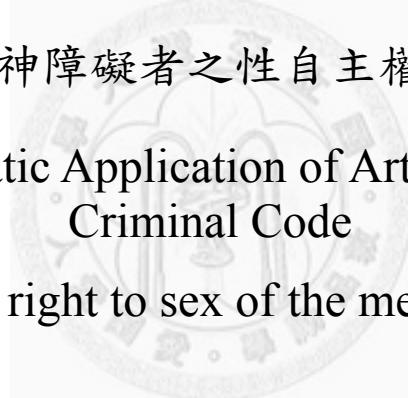
Master Thesis

乘機性交猥褻罪的規範適用問題

——以精神障礙者之性自主權利為中心

The Problematic Application of Article 225 of the
Criminal Code

- a view of the right to sex of the mentally-disabled



廖宜寧

I-Ning Liao

指導教授：黃榮堅 博士

Advisor: Jung-Chien Huang, Ph.D.

中華民國 101 年 7 月

July, 2012

謝辭

看著筆電螢幕上出現「謝辭」兩字，當真是百感交集。大家都說寫論文像是爲母懷胎。一年來，這篇論文與我一同度過無數輾轉難眠的夜，陪著我走過永不重來的青春歲月，歷經多少矛盾掙扎、絞擰疼痛，而今，她終於要出世了。

謝謝一路指導我的黃榮堅教授。早已不止一次地想著，自己何其榮幸，能在大學就受到老師的啓蒙——在此也特別感謝從大學以來就對我照顧有加的靖貽學姊，多虧學姊，讓我堅定了走向刑事法研究的心意；進入研究所後，又有幸在老師身邊待了四年時光。黃老師所教授給我的，不僅僅是學問，更是一種做人的態度與典型：一種難以言說的大家風範。這次選擇以乘機性交猥褻罪爲題撰寫論文，老師從一開始的反對，到聽完我的狡辯後放手支持，告訴我：「我想是可以。妳就盡量寫下去吧！」這句話給了我莫大的鼓勵，也讓這雖然論述尚顯粗糙，但仍是 我生命中的第一本論文得以完成。謝謝在我撰寫論文時總不吝對我伸出援手的王皇玉老師、林鈺雄老師與吳建昌老師。尤其是王老師和吳老師，由於論文撰寫期間大半日子待在東京，碰到德文文獻或精神醫學上的疑問往往查詢無著；謝謝兩位老師不厭其煩回覆我的「問題信件」，使我能順利完成文獻整理工作，也給予我不少思考上的靈感。感謝口試委員李茂生老師與李聖傑老師，讓我手忙腳亂地準備博士班入學申請同時，能順利通過口試，也給予我許多切中肯綮的建議。

接下來，當然要特別感謝促成這本論文的大功臣：1810 研究室室友，還有「論文督促聯盟」各成員。這個爲了讓大家順利完成論文而組成的跨國（德—日—台）・跨領域（公—民—刑—國際法）自助聯盟，藉由自訂進度、自我督促，配合捐獻責任與一週一次討論交流，讓自己的固有想法與視野可以不斷修正、並激起新的火花。慶禹、冠璋、柏涵、觀嘉、昱明、家如、盈雪、萃華，以及擔任精神指標與監委的怡辰、允鍾學長，謝謝你們！因爲你們，讓我在早稻田大學交換留學的這四個月能夠跟上進度，也讓我得以充分享受到與朋友相互切磋學習、疑義相與析的快樂。還有家丞、和君、研究室中不定期的討論會，更讓人在無形中獲得許多意想不到的成長。要說你們是這本論文的「教父教母」，一點不爲過。

此外也要感謝協助我完成論文與研究計畫的每位朋友與同學（長姊弟妹）。謝謝婉珊學姊、陽升學長、周政學長、政揚學長，以及譯文、釗偉、禮維、嘉忻、燕倫、國華、詩涵，提供我來自不同領域的經驗觀點及參考資料。特別感謝燕倫，還義不容辭幫英文奇差的我修改摘要；謝謝盈如幫忙校稿，讓這本論文不致錯字連篇；謝謝玉盈，在論文研討會及刑法論壇給了我十分寶貴的意見；謝謝慶禹，不但是平日討論思辨時的重要學術夥伴，更身兼多人論文研討會主席、紀錄還有忠實聽眾，甚至在自己的論文正如火如荼進行時抽空到口試現場協助，可謂居功厥偉。

最後，更要感謝總是給予我情感上支持的家人：爸爸、媽媽、妹妹，謝謝你們總是包容如此任性的我，無論我多晚回家，桌上總有溫熱的宵夜與水果；雖然女兒選了一個讓你們很難對外啓齒的論文主題（「噢我女兒寫的是希望盡量不要處罰和智障發生性關係的人……」），你們依然願意傾聽我自顧自的高談闊論；尤其是妹妹，幾年來久經疲勞轟炸，早已練就無論聽到什麼論點都處變不驚之能，感謝妳，讓我在妹妹談心中爬梳自己的想法與情緒，繼續向前。同時，也感謝這一年間始終暖和著我，陪我散心、聽我說話、邀我小酌、給我擁抱的好友們：愛文、欣婕、姿君、欣禾、冠蓉、姍瑾、怡辰、玉清、峙皞、魏薇、奕華、燕倫、書郁、茵竹，與惠珠、月珍、理玉、文娟幾位長年關心我的恩師，讓我能逐漸寧定，靜心寫作。謝謝士軒學長，大力幫助我度過順利而愉快的早大交換時光；謝謝婉平、淑慧、文麗，與妳們在東京進行主婦閒談的日子，令人無比懷念；謝謝晏溥，不辭辛勞每晚相伴，給了我完整無缺，最值得珍惜的情感。

在這本論文即將完成之際，我結識了周漾沂老師。若說黃榮堅老師如高山，如深谷，那麼周老師即似清泉，似春風，徐然爽然，滌人心脾。與兩位老師幾次相談，不僅深化了論文的核心思考，也因此讓自己未來的方向愈益明朗。在個人自由一步步被吞噬的當代資本主義與全球化社會，或許我無力也無意衝撞，但我仍相信，在一切環境限制中，眼下我們還有為自己選擇的可能性。這是條不一定（一定不）好走的路，但卻能讓我活得更像理想中的自己——這也是我心目中為自己設定的「生命圖像」。再次謝謝兩位老師，讓我有勇氣堅持自己任性的決定。

希望在數十年後，回首來時路，我仍能笑著說：「那些走過的，未必沒有遺憾，但終究不悔。」

廖宜寧 謹誌

2012.7.10



摘要

刑法第二百二十五條的乘機性交猥褻罪，一直以來在學說上少有專文論及，自二〇〇五年妨害性自主罪章修正後，多半將本條之意義定位在確認個人性自主決定權之強化，將規範保護自性自主決定權之當然侵害擴及於性自主決定權之「擬制侵害」，強調「無同意即不合法」，藉以貫徹對個人關於性活動之自我意識的絕對保障。在本罪之被害人對系爭性行為表示同意的情況下，必須先判斷其同意是否有效，亦即必須就被害人之同意能力進行審查，若系爭被害人因精神障礙或心智缺陷——主要即指智能障礙者，致其欠缺與一般人相同之性認知，則法院即認定其同意為無效，乃屬於本罪構成要件中所稱「不知抗拒」狀態，倘行為人明知而利用被害人此一狀態與其發生性接觸行為者，即構成乘機性交或猥褻罪。

本論文乃試圖在分析比較法及規範構成要件之後，對以上觀點進行檢討。首先自妨害性自主罪章之整體規範目的出發，將本罪章之共同保護法益定位為一種較個人自由更為廣泛、以個人針對自身性生活安排所建構之理想性圖像為內容的性自主決定權利，此一權利由於與個人的自我意識、自我認同以及個人主體性緊密相連而受到特別的關注。

其次，以美國學者 Martha C. Nussbaum 以及法國社會學大家 Michel Foucault 對於性羞恥以及性主體意識生成的論述為基點，指出性自主與主體實踐概念的相對性，而主張性自主之實踐不應侷限於遵循特定的理想性圖像模式，而應保有更多可能取徑，由個體依其本有之自我進行選擇，即使此一選擇結果不一定完美無缺。國家透過規範所應確保者，並非特定選擇之內容，而應係此一選擇的過程以及選擇可能性，並兼顧作為刑罰對象之行為人的權利。

最後，就如何在乘機性交猥褻罪適用過程中，實踐智能障礙者的性自主權利此一主題進行探討，本文主張應全面肯定智能障礙者的性自主同意能力，無論其

係基於生理上需求、其他動機而同意，均無損其同意效力；就無法證實其性圖像存在之情形，亦應以侵害標的之欠缺而否定本罪之成立。據此，本罪之適用應集中至因一時性抗拒知能欠缺而致性圖像遭受破壞的情形，方符個人性自主法益保護之意旨。

關鍵字：性自主、乘機、心智缺陷、智能障礙、不知抗拒、同意能力、個人性圖像、主體意識



Abstract

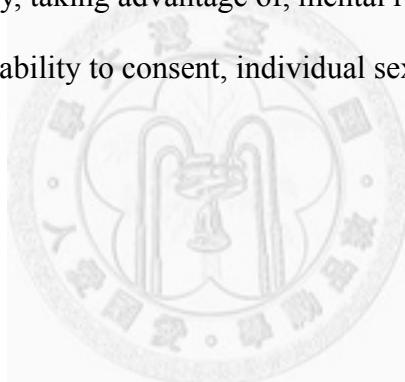
The interpretation of Art. 225 of the criminal code has not received due attention from academic studies. Since after the last modification of the Criminal Code in 2005, Art. 225 has generally been considered as meant to intensify the protection of individual sexual autonomous right as it extended the protection of sexual autonomy from “proper inroads of sexual right” to “the legal fictional inroads of sexual right”, and emphasized “sexual contact is illegal with the absence of the victim’s consent”, protecting absolutely the individual’s sexual self-consciousness. Accordingly in the case when a victim consents to the sexual behavior, the court should decide first that if the victim has the ability to consent. If the victim is found to have no sexual cognitive ability equal to ordinary people due to mental disorder or intellectual disabilities, their consent on sex would be regarded as invalid, and the sexual contact defined as a crime under the law.

This Article attempts to analyses Art. 225 and review this rationale. It focuses first on the purpose of the law, defining it as to protect individual sexual image and sexual autonomy, which is broader than the protection of individual sexual “liberty”. Protection of such as defined in this Article has been considered extremely important because it bears strong ties to individual subjectivity and human dignity.

Second, this Article, in the light of the similar critique from Martha C. Nussbaum and Michal Foucault, points out the relativity of sexual autonomous right and the practice of subjectivity, and stands for the point of view that each person should be allowed to realize their ideal sexual image in their own ways. What the state should do is to provide more possibilities of choice, not to defend for a content-specific sexual image. In addition, liberty of the person who would probably face criminal prosecution should also be considered.

Finally, this Article discusses solutions under the law to realize the sexual right of the mentally disabled. It proposes that the ability to consent on sexual behavior of the mentally disabled should be comprehensively admitted by law. Their consents are valid under the law regardless of why they said “yes”. Even when a victim showed neither consent nor refusal to the sexual contact, as long as there is no evidence to prove their sexual images derogated by the sexual conduct, the person who had committed sex with him/her ought not to be convicted. Eventually the application of Art. 225 should be confined only to those cases in which the victims had temporarily lost their consciousness or the ability to resist.

key words: sexual autonomy, taking advantage of, mental retardation, intellectual defect, disability of refusal, ability to consent, individual sexual image, subjective consciousness



目錄

第一章 序論	1
第一節 問題意識及研究動機	1
第一項 當代輿論：談「性」高潮	1
第二項 自案例與判決發端	2
第三項 精神障礙者有無積極同意性之行為的能力？	5
第二節 研究範圍與論文架構	8
第一項 兩個主軸：精神障礙者與性自主權	8
第二項 刑法觀點的侷限	9
第二章 刑法第二百二十五條之規範分析	12
第一節 妨害性自主罪章之立法沿革與現行規範面貌：比較法觀察	12
第一項 德國刑法之修正：主體實踐的強調	13
第一款 保護法益的重新建構	13
第一目 從道德背反到個人性自主決定權	13
第二目 其他保護法益之遁入與相關條文體系的重行安排	14
第二款 刑度之提高與保護範圍的擴張	16
第三款 德國乘機性交猥褻罪在妨害性自主罪章下之修正歷程	18
第二項 日本刑法規範之準強姦罪・準強制猥褻罪	23
第一款 構成要件	23
第二款 對於日本法之分析	26
第三項 我國刑法之法繼受與現行法下的乘機性交猥褻罪	27
第一款 刑法第二百二十五條之條文內容	27
第二款 我國刑法與德國刑法、日本刑法之規範上比較	28
第二節 乘機性交猥褻罪之規範目的與構成要件分析	30
第一項 本罪之保護法益：所謂性自主「當然侵害」與「擬制侵害」	30
第二項 精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類情形之存在 ..	32
第三項 行為手段：「利用」被害人知能喪失之狀態遂行性之行為 ..	33
第一款 「利用」：以被害人之知能喪失作為手段遂行不法構成要件	33
第二款 抗拒知能喪失者從事性行為的可能性：在一般關係下對於性行為發生之容許	35
第三款 侵害是否發生之認定	36
第三節 小結	39

第三章 作為刑法第二百二十五條被害客體之「精神障礙者」	40
第一節 醫學上對於精神障礙之定義	40
第一項 精神醫學臨床上的分類方式	41
第二項 以治療與公共衛生目的為導向的定義	42
第二節 刑法上的精神障礙概念	45
第一項 概念解釋目的在於適用構成要件	45
第二項 醫學與法學的極限	45
第三項 乘機性交猥褻罪中的精神障礙與心智缺陷	47
第一款 解釋核心：對於性之侵害抗拒能力之喪失	47
第二款 德國法上的解釋	48
第三款 我國法修正後的解釋	51
第一目 具體案例中的類型化區分	51
第二目 規範形式上的共通保護標的：性自主決定權	54
第四款 實務判決對於本條所稱之精神、身體障礙者同意能力之認定情形	55
第一目 一時性的抗拒知能喪失	55
第二目 因精神或心智缺陷導致永久或長期性抗拒知能喪失	56
第四項 智能障礙者：特徵與障礙	59
第五項 智能不足者與未成年人作為妨害性自主罪章被害客體上的差異性	60
第一款 發展中之性圖像	61
第二款 幼年人在社會結構下的位置	62
第三款 以個人法益保護作為區分標準	64
第四章 再探乘機性交猥褻罪之保護法益	67
第一節 「個人性自主決定自由」內涵之檢討	68
第一項 擬制的性自由法益？	68
第一款 妨害自由罪之保護法益範圍	68
第二款 乘機性交罪中「推測的抗拒意識」？	70
第二項 對於自由法益之侵害應以意識存在為前提	71
第三項 以性自主決定作為上位概念的法益保障	73
第一款 超越傳統自由射程範圍的特殊法益：性自主	73
第二款 上位而抽象的性自主概念	74
第一目 性關聯與主體意識之結合	74
第二目 法益機能的模糊化	75
第二節 對於性主體意識的絕對保障趨勢	78
第一項 性主體作為最終保護對象	78

第一款	「同意」背後的主體意識	78
第二款	主體實踐的代言？	79
第三款	禁止客體化原則之揭示	80
第二項	人性尊嚴與客體化公式	81
第一款	個人主體與人性尊嚴之絕對性觀點	81
第二款	自我與他者：主體關係與客體化禁止	83
第三項	尚待釐清的自主決定權利與主體性內涵	84
第三節	性與主體	86
第一項	個人性圖像之描畫	86
第二項	性圖像與主體性之連結	88
第三項	乘機性交猥褻罪所保障的自主權內涵：性圖像完整	90
第四節	現代社會中人類性圖像的面貌	91
第一項	性差與性別角色的塑造	91
第二項	性與勞動價值的再生產	93
第三項	「正確的性圖像」依然存在	95
第一款	性解放迷思	95
第一目	「正常的性」	95
第二目	性反常作為對照標記	96
第三目	理想性活動背後的社會利益	97
第二款	以主體實踐作為理想之性活動判準？	99
第三款	語言結構下的主體—客體關係	100
第五節	性主體意識的生成	103
第一項	個人身體與性圖像的誕生	103
第一款	對於必死之動物性身體的拒斥	104
第二款	身體與自我意識之構建	105
第三款	避免羞恥感的主體決定	106
第二項	傅柯的性—知識—權力史觀	107
第一款	性與自我注視：一種權力技術	108
第二款	標註性反常：權力對人體的滲透	110
第三款	性的自白與主體的真實	112
第三項	現代資本主義社會下的性主體觀	114
第一款	傅柯所謂的生之權力：近代個人與主體性之發明 ...	114
第二款	性作為強化主體意識的權力技術	115
第四項	資本主義社會下的「性之政治」	117
第一款	理想性圖像與生產力提供	117
第二款	主體實現的嵌入	118
第三款	主體背後的權力流動與資本主義再製	120
第五項	小結	122

第六節 對於乘機性交猥褻罪保護法益之反省	124
第一項 主體性概念的揚棄？	124
第二項 乘機性交猥褻罪仍以個人性自主決定權作為保護法益類型	126
第五章 智能障礙者在刑法二百二十五條下的性權利實踐.....	128
第一節 智能障礙者的性之權利	128
第一項 智能障礙者的性需求應予肯定	128
第二項 關於智能障礙者性權利之政策演變：歷史觀察	129
第三項 以節制為主的性教育與刑法上以乘機性交猥褻罪為中心的消極性自主權利保障	131
第二節 智能障礙者的性圖像	133
第一項 法庭上的意向探知活動	133
第二項 溝通連接點的斷裂	137
第一款 語言作為人類進行溝通的唯一媒介	137
第二款 語言結構之外	139
第三項 誰的性圖像？	140
第三節 對性客體化禁止概念之檢討	142
第一項 他們真的是性權利主體嗎？	142
第一款 擬制性主體概念的誕生	142
第二款 被禁止的性模式與被允許的性模式	143
第三款 如何定義客體化？	144
第四款 空洞而恣意的主體與客體認定	147
第二項 個人主體性掩護下的社會集體意識	149
第一款 隨立法修正而消失的悖德犯罪？	149
第二款 「主體保護」背後真正的理由：情感與政治	150
第一目 智障者與性：雙重羞恥	150
第二目 社會拒絕付出成本	151
第四節 無可抹殺的個體存在・無法逃避的社會責任	153
第一項 以社會成本節約作為法益保護標的之正當性問題	153
第一款 目的的審查	153
第二款 抽離個人主體內涵的立法欠缺正當性	155
第三款 面對自私	156
第二項 國家角色的轉換	157
第五節 智能障礙者性同意能力的再肯定	159
第一項 性圖像內容之侵害與否來自於個體本身的認定	159
第二項 「性主體」語言結構下的警覺：多元價值的性主體實踐	160
第三項 保護法益的實質界限	161
第六節 乘機性交猥褻罪要件在解釋論上的重構	164

第一項 以乘機性交猥亵罪處理的核心案型	164
第一款 一時性的不知抗拒	164
第二款 因身體障礙導致抗拒能力喪失	165
第三款 針對強制性交猥亵罪之補漏功能	167
第二項 智能障礙者作為被害人情形下的規範適用	167
第一款 智能障礙者作為乘機性交猥亵罪之被害人的主觀意向分析	167
第二款 欠缺及難以確認法益侵害時不成立乘機性交猥亵罪	170
第三項 小結	174
第六章 結論	177
附論：關於精神障礙者性權利的相關社會處遇問題.....	184
第一節 智能障礙者的性教育	184
第一項 家庭中的性教育	185
第二項 學校裡的性教育課程	186
第三項 小結：灌輸「正常」性圖像的努力	188
第二節 性權利與避孕議題	189
第一項 限制生育能力是實踐性權利的代價？	189
第一款 智能障礙者的永久避孕	189
第二款 虛假的選擇困境	190
第二項 性權利的具體實踐途徑——以機構內管理問題為例	191
第一款 機構內患者的性權利概況	192
第二款 避孕、性病風險與性權利：機構內的光與影	194
第一目 避孕的權利	194
第二目 從事安全性行為的權利	196
第三款 現實複雜性與具體權利確保之拉鋸	198
第三節 代結論	200
參考文獻	204

圖表目錄

圖（一）	134
圖（二）	175
圖（三）	176



第一章 序論

第一節 問題意識及研究動機

第一項 當代輿論：談「性」高潮

我們的社會似乎越來越「性」致勃勃。打開電視，翻閱報紙，瀏覽網路，令人眼花撩亂的性資訊排山倒海而來，自僅限成人使用的付費頻道至隨處可見的動態看板，從露骨狂放的影片與貼圖到暗示得似有若無的清涼照和雙關語，人們從未停止談性。各式各樣的性之行為在不同個體間發生：從已婚至未婚，從異性至同性，從自我慰撫到與動物交媾……我們看似真的已經來到了被稱之為「後性解放」的時代¹。

然而在此同時，一種與外放式、個人愉悅式性意識相對的集體情緒，也正在我們的社會中高漲起來，那就是對於性犯罪的恐懼與對性犯罪行為人的難以容赦。家長團體、婦女團體、新聞媒體、網路使用者團體，不斷提出強烈質疑：社會怎麼了？我們的生活越來越不安全。帶著色慾的野狼躲在每個社區角落，虎視眈眈；父母無從保護孩子，婦女無從防衛自己。為什麼性侵害犯罪人還能假釋？為什麼經評估具有再犯危險者未受全天候監控？連與六歲女童發生性行為者都能判無罪，這是什麼恐龍法官、外星判決²？法官「到底是弱者還是惡人的守護神³？」上述社會反應，誠然與現代社會受到激發的風險意識有關⁴，但除此之外，更使人感興趣

¹ 李聖傑，〈從性自主權思考刑法的性行為〉，《中原財經法學》，第 10 期，2003 年 6 月，頁 31。

² 參〈性侵六歲女童未違反意願！被批恐龍法官〉，2011 年 4 月 2 日，中天電視，杜允智、李曉玲綜合報導，參考網址：http://www.ctiv.com.tw/news_video_c14v36275.html，最後瀏覽日期：2011 年 8 月 23 日；〈恐龍法官外星判決？剖析性侵幼童輕判案〉，2010 年 9 月 6 日，公視新聞議題中心綜合整理，參考網址：<http://pnn.pts.org.tw/main/?p=7880>，最後瀏覽日期：2011 年 8 月 23 日。

³ 〈又見白目法官 性侵智障少女 7 狼竟無罪〉，2010 年 9 月 11 日蘋果日報綜合報導，參考網址：http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32805337/IssueID/20100911，最後瀏覽日期：2011 年 8 月 23 日。

⁴ 關於風險社會與媒體觸發大眾風險意識的深入討論，可參閱 David Garland 著，周盈成譯，《控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序》，2006 年，頁 212 以下；另可參閱李佳玟，《在地的刑

的是，「性」作為促發此類情緒的重要因素，其意義何在？多數社會成員對於不同情境、不同對象間所發生的性，何以時而興奮莫名、時而激憤難平？

本文嘗試著要找出那隱藏在人類性之行為背後的聖域：人類對於性的執著必定與某項重要價值相關，或者至少被認定為與某項重要價值相關。人們經由對於性的描繪與實踐，並且動用國家暴力排除特定形式下發生的性，均是由此價值而生。在下面的章節中，本文將各透過各個領域的論述確認此一價值的內容，並且由是出發，檢討現行妨害性自主罪章之規範方向與解釋方法。

不過，本文並未打算處理妨害性自主罪章龐大體系下的所有問題，僅將關注重心放在一群特殊的被害人身上：刑法第二百二十五條規範下，對於性之發生「因精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類因素，不能或不知抗拒」者。本條所揭示的被害人身分要件，可能涵攝到幾種不同的被害人類型：由於飲酒泥醉或服用藥品以致一時性失去意識者、因疾病或意外導致長期失去意識者（如植物人），以及被法院認定為「不具有性之認知與性之同意能力」的精神障礙患者。而最後這一群人——自始即被排除於「正常」概念的語言射程範圍之外、被社會成員認定為「不一樣」的人，即是本文所欲深入探討的對象。

第二項 自案例與判決發端

在進入本文之前，讓我們先來看看實務上出現過的幾個案例。

其一是臺灣高等法院高雄分院九十一年度上訴字第1623號判決（下稱[廟前海誓山盟案]）：A 為滿十六歲的中度智能障礙者，在超商擔任清潔工作，結識在對面設攤之甲。A 因與甲相處而產生好感，主動打包衣物前往甲設攤處，欲與甲同居而離家出走。甲乃駕車搭載 A 至金鳳宮，向神明發誓要娶 A 為妻，後即將車停在金鳳宮前斜坡，與 A 在車上過夜並與 A 發生性行為。

罰，全球的秩序》，2009 年 1 月，頁 14、頁 61 以下。

本案法院在判決理由中指出，A 係離家出走後，主動前往找被告甲，並在車上與甲過夜前，先與甲至金鳳宮內，由甲向神明發誓娶 A 為妻之情，甲與 A 為性交行為，應不違反 A 之意願。惟其明知 A 為智能障礙之身心障礙者，且已達精神耗弱程度，竟利用 A 之精神耗弱，不知抗拒之情形下，而起淫念與之性交，被告甲之犯行堪以認定，應以乘機性交罪論處。

其二是臺灣高等法院臺南分院一〇〇年度侵上訴字第一八三號判決（下稱[精神醫院病友案]）：B 患有中度精神障礙，以此就醫並住院。乙係距離 B 二間病房的病人，同樣因為精神障礙住院治療，兩人均為長期住院病患。一日，乙經過 B 病房外，見只有 B 一人在內，乃進入病房與 B 發生性行為。

本案中之被告 B 於警詢時，針對與乙發生性行為一事，稱：「我有聽過性關係、男女做愛、強暴。我不會討厭跟哥哥（指乙）摸摸愛，也不會喜歡跟哥哥摸摸愛（搖搖頭），我有反抗一下才接受，我喜歡哥哥。」於第一審審理時則稱：「我有聽過性關係，但不知道何意思。摸胸部及插進去算是性關係。如果我不喜歡的人要跟我發生性關係我會打死他。生殖器就是男人的纜叫（台語），我有看過。我的生殖器在哪裡我不知道。……插進去是 XO 愛。媽媽有跟我說不能隨便跟男生 XO 愛。我不願意跟乙哥哥 XO 愛。乙哥哥跟我 XO 愛的時候，我沒有推他。因為我沒有辦法。……乙進去我病房的時候，我沒有趕他出去。當時他有脫我褲子，當時我沒有反對或罵他。」

高等法院認為，B 對於被告對其性交乙事，並不能完全理解其意義，則其對於性行為之自主決定是否同意或不接受之能力，顯然不足。被告乙乃明知被害人 B 為精神障礙患者，猶乘 B 心智無法認知性行為之複雜心理、生理、社會含義，不足以理性判斷同意或不同意與他人產生性行為等心智缺陷之情形，對 B 為性交行為，乘機性交犯行堪以認定，應予依法論科。

其三是臺灣花蓮地方法院九十八年度訴字第五三一號判決（下稱 [『七匹狼』

⁵性交易案])：C 為重度智能障礙者，丙、丁、戊、己、庚、辛、壬等七人，分別在同年間將 C 帶至倉庫、工寮、菜園、自己經營的卡拉OK店及住處等地，與 C 發生性行爲，事畢後或直接叫 C 自己返家，或給 C 新台幣 100 至 500 元不等之對價。

高等法院在判決理由中認為，C 僅因智能障礙而容易受到利誘或脅迫，惟其已具備日常生活應對之能力，亦了解男女之別，就性行爲並非無辨別或判斷之能力。又 C 於法院審理時稱其與被告丙發生本件性行爲之前，已有多次性行爲之經驗，伊與被告丁、戊、己、庚、辛亦有發生性行爲，脫褲子時知道等一下會發生性行爲等情，C 與被告等七人發生性行爲時，理應瞭解性行爲之意義，並非對性行爲完全懵懂無知，尚未達到不能或不知抗拒之程度，故諭知被告等人無罪。

其四是臺灣高等法院臺中分院九十九年度上訴字第二一四二號判決（下稱[廢棄空屋性交案])：D 為中度智能障礙者，與壬相識年餘，壬曾多次帶 D 至其住處用餐，平日 D 亦常與壬一同出外撿鐵換取零用，兩人有類似男女朋友之關係，但女方家人並未承認此事。壬乃先後將 D 帶往某廢棄空屋及其住處，與 D 發生性行爲。

本案被害人 D 於警詢時證稱：「壬有說叫其脫褲子是要跟其做愛，但其不知道做愛是什麼……伊不喜歡壬把尿尿的地方放進其尿尿的地方，但壬叫其脫褲子其就脫掉，因為壬叫伊作什麼事，伊就做什麼事，因為伊跟壬去撿鐵，撿鐵賣掉的錢，壬會分給伊，所以其會聽壬的話，其沒有想到壬說要把尿尿的地方放進其尿尿的地方時可以說不要。」被告則辯稱其與 D 係男女朋友，屬正常交往關係，其無強迫 D 與其發生性行爲。

法院認為，被告壬知悉 D 心智程度不足，且無真心與 D 交往之意，僅係利用其智障，因撿鐵無聊，所以才去找 D，況且，被告如有意與 D 交往，即應據實將

⁵ 參註 3 報導。

其與 D 之事告知 D 之家人，徵得其家人同意，然其卻帶同 D 至廢棄之空屋為性交行為，觀現場照片，其環境髒亂、泥沙淤積，亦難認被告係出於真心且有保護 D 之意思，僅係利用機會對不知抗拒之 D 為性交行為，爰論處壬乘機性交罪之罪名。

第三項 精神障礙者有無積極同意性之行為的能力？

從上述案例，我們可以窺見一群特殊的被害者輪廓。從外觀上看，他們並沒有喪失意識：他們仍然能感知到外界的事物，對於冷熱、疼痛、飢餓等基本生理需求擁有和其他人相類似的反應。他們也會向外界進行表達，透過言說與動作試圖傳遞內心某些訊息，諸如「好」與「不好」、「要」與「不要」、「喜歡某人」與「不喜歡某人」等。然而，從「正常人」的眼中看來，這些言說表達的意義是模糊難辨的，亦即一般「正常」的溝通管道似乎無法用以與這群人進行溝通⁶。這一群個體的特殊之處即在於：雖然他們表面上具有意識，但是我們無從確認其意識內容⁷。經由醫學上的診斷與鑑定，這群個體被認定為處於某種病態而與一般人相異，是以，他們所表達出來的內容也就喪失了與一般人相同的效力。

在性規範領域裡，一個人的意思表達內容至關重要。綜觀妨害性自主罪章的所有條文，即可發現被害人之意思表達對於構成要件之實現與否具有關鍵性的影響。在現行法規定下，所有未經同意所發生的性之行為均具備可罰性，是以無論是二百二十一條以下的強制性交猥褻罪，抑或是二百二十五條的乘機性交猥褻罪，雖則在構成要件上由於行為人是否實施強制手段而有差異，但其共通之處都是欠缺了一個法律所承認之同意存在⁸。而所謂的「未經同意」，包括了同意有瑕疵以及同意無效的情形；前者係指二百二十八條所規範的利用權勢性交猥褻罪與二百二十九條所規範的詐術性交罪，後者則是指二百二十五條所規範之乘機性交猥褻罪

⁶ 至於正常人之間的溝通是否真正存在、真正可能，則又是另外一個問題了。

⁷ 有趣的是，正常人之間能夠確認彼此的意識內容嗎？

⁸ 林志鍵，〈性自主？性桎梏？我國刑法性自主犯罪之分析與批判〉，台灣大學法律研究所碩士論文，2006 年 7 月，頁 67。

以及二百二十七條所規範的與幼童性交猥褻罪⁹。

現在將焦點聚集在第二百二十五條的規定上。如上所述，同意無效亦屬於本條所處罰的「欠缺同意」，是以，縱使被害人在行爲當時表達了一個積極欲發生性之行爲的意思，只要此一同意表示不被刑法所承認，與之發生性行爲者仍構成乘機性交猥褻罪。而被害人的同意是否有效，依照「知情同意」、「充分資訊方有充分同意能力」之原則，要求被害人必須具備足夠的「性認知能力」。據此，一個臨床醫學上無法確認其具有如同「正常人」一般之性認知的精神障礙者，對於性之發生所為之積極同意，即很有可能被法院認定為無效，從而導致與其發生性行爲者觸犯二百二十五條的乘機性交猥褻罪。

從立法者以及社會輿論的觀點，此種解釋方式無疑是為了保障精神障礙者——即一般通念下定義的「弱勢族群」——不被侵犯，以護衛並增進其生活福祉與人性尊嚴。然而，事實果真如此？從上文所舉案例，我們看到了一個規範適用上的隱憂：一個被認為欠缺性同意能力的精神障礙者，是否將隨之永遠被剝奪「與他人合法發生性關係」的權利？他們是否必須永遠被法規範擬制為一種如同兒童一般「純潔」的存在，成為「無性的動物」¹⁰？或有認為，婚姻制度是確保這些人得以從事性行爲的安全管道，因此只要將這些人的性限制於婚姻狀態持續中，即可兼顧其積極性權利與性主體地位；然而，姑且不論婚姻制度本身即是在資本主義社會中，以能夠增進勞動生產之前提下被賦予意義的概念，單從現實面言，此類精神障礙者擁有婚姻關係的機會、比率為何？又倘若一個「正常人」不管在有無婚姻狀態的情形下，均享有自由發生性之行爲的權利，何以在刑法規範中，部分理應在憲法上與我們擁有相同基本權利的精神障礙者，將因其「須受特別保護」而喪失與一般人相同的自由發展性關係之權利？對於現行法下「同意能力」的認定，

⁹ 二百二十七條屬於另一個獨立的問題，在此暫不擬深入討論。至於第二百二十五條與第二百二十七條的比較，參見第三章。

¹⁰ 山本直英，《性の人権教育論》，1998年12月，頁106，原文引自谷口明宏，《障害を持つ人たちの性》。

是否可能存在不同解釋方式？甚至針對「同意」此一概念本身，是否有深入解明並重新定位的必要？在下面的章節中，本文即欲以一種肯定精神障礙者之積極性權利的基本態度，探討現行法下對於系爭個體對性認知與性同意能力認定的相關問題。



第二節 研究範圍與論文架構

第一項 兩個主軸：精神障礙者與性自主權

本文的研究重心將分為兩大部分：其一是「性自主權與乘機性交猥褻罪」，即刑法第二百二十五條所欲保障的權利內容；另外則是「精神障礙者」，亦即本文所要討論的性權利主體。下文將藉由對這兩個概念主軸之分析，檢討具體的權利實踐與規範適用問題。

首先是關於「精神障礙者」。欲探討精神障礙者的性權利，首先即面臨一個前提問題：作為權利主體之「精神障礙者」，所指涉的對象究竟為何？當人們在為社會上的個體進行類型化區分時，什麼人會被劃分為「精神障礙者」顯然，這是一個模糊的概念，在時間綜軸上與學科領域的橫軸上均呈現極大歧異性。導致歧異的原因，乃是由於精神疾患在人類社會與文化史上的地位流變，以及不同領域的研究者對於此一概念的相異目的性需求。是以，最終受到刑法第二百二十五條規範所關注的精神障礙者，亦受到此一規範構成要件目的影響，而限縮於特定的精神障礙族群。我們發現，在醫學、社會學與法學上所謂的「精神障礙者」，其內涵並非完全重合，蓋於不同領域各有其核心價值與行動目的，而「精神障礙者」此一概念定義的寬窄，亦直接或間接受到個別目的性需求之影響。單就刑事法學觀之，程序法與實體法中的精神障礙者，以及在刑事實體法中，精神障礙者以加害人抑或是被害人的形象出現，均可能導致不同的解釋方向。是以，如欲探討精神障礙者在刑法第二百二十五條規範下的性權利問題，那麼對於精神障礙者的概念定義，即應由刑法第二百二十五條之構成要件與規範目的著手。

規範解釋的重心在法益概念，通說認為法益係指「抽象的個人或社會公共的

生活利益，或一種法律所保護的社會秩序的抽象價值」，而以法律加以保護者¹¹。欲就刑法第二百二十五條規定進行解釋與分析，必須將其置於妨害性自主罪章整體脈絡之下加以處理，蓋在此一罪章中，理應存在著一項共通的法益類型¹²，以之作為個別規範解釋的基礎。本文首先將透過比較法上的觀察，歸納出乘機性交猥褻罪在妨害性自主罪章中的體系定位，進而探討個人性圖像、性自主以及主體性之間的關聯，並探討此種性與主體實現緊密相連的起源。

接下來即進入本文討論的核心——精神障礙者在刑法乘機性交猥褻罪的規範之下，如何積極實現其性權利？對此，本文將嘗試以兩個層次處理這個問題：其一是保留通說對於性主體地位絕對保障之論述，而從精神障礙者自身的性圖像出發，討論「一種別於一般人的性圖像得否作為性自主決定之基礎」這個命題；其二則是針對通說提出的「防止性客體化」規範目的，從根本處解構「主體」此一概念，探討在所謂的「擬制性之主體」背後隱藏了什麼樣的權力結構與政治情感，而藉由「主體至上」的語言運用，實質呈現社會對於精神障礙者之性行為所抱持的價值觀。

最後，本文將回到刑法第二百二十五條的解釋論上，說明在肯定了精神障礙者具有發展性關係之可能性與實現積極性自主之權利後，本條之構成要件究竟應該如何解釋適用？實際上又應集中處理哪些類型的案件？至於在限縮與精神障礙者發生性行為的可罰性範圍後，可能招致的後續批判，亦將在文中稍作回應。

第二項 刑法觀點的侷限

本文到了最後，乃是透過刑法的觀點來處理精神障礙者的性權利問題，亦即將結論歸總到刑法第二百二十五條規定的解釋適用上。此種處理方式無疑具有相

¹¹ 林山田，《刑法通論（上）》，2005年，頁50、頁266。

¹² 林山田，《刑法各罪論（上）》，2005年，頁40。

當大的先天侷限，蓋法律學習者都知道，法律，尤其是以暴力實現作為其效果的刑法，對於社會問題的解決能力其實十分薄弱。人類本身是如此複雜，個人與他人之間的關係更是牽藤附葛，要想用一種赤裸裸的暴力來規定人與人相處對待的模式，最後只會硬生生地切斷人類與他者之間真正面對面的可能性。同理，試圖用刑法來「解決」社會問題，特別是所謂弱勢者（此處所說的弱勢者，包括在知識、經濟乃至其個人價值觀被多數價值觀否定之人）處遇的問題，實是緣木求魚。姑且不論在民主體制的多數決規則裡，法律本質上就是強勢者的法律¹³，單從刑法結構而言，刑罰到了最後所能確定的，只有個人責任。換句話說，刑法對於國家機器的責任乃至整體社會的責任問題，永遠無能為力。

在討論精神障礙者是否應該擁有自由從事性之行為的能力時，最典型的質疑即來自於心智正常之人可能利用「法律不處罰合意性行為之漏洞」對弱勢者進行性剝削的隱憂，其次則是無力自我照護、遑論撫養他人的精神障礙者意外懷孕、育兒之相關問題。但上述議題，事實上已經超出了刑事法聚焦的領域，落入社會、社工乃至公共衛生的研究範圍中。在本文最後，將針對上開領域內就此一議題所進行過的討論略加說明。而刑法第二百二十五條對於乘機性交猥褻罪之規定，對上述議題的意義則在於：與精神障礙者所為的性之行為，乃是上述一連串問題的開端，亦即，「要不是系爭精神障礙者跟行為人上床，那後面一切麻煩的事情就都不會發生了。」誠然這是一種很直觀也很方便的想法。然而，這種想法背後所隱藏的其實也就是一種社會主流價值不願處理麻煩的自私態度。對此，從法律的觀點，我們要問（也只能夠問）的並非到底要如何透過法律將上述問題全部解決，而是：這種多數人逃避面對棘手問題的自私態度，是否足以作為刑法發動的正當化基礎？

到了最後，我們要做的還是一個價值權衡，一個邏輯辯證。究竟刑法能不能

¹³ 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，2012年3月，頁43。

以後續問題過於複雜、社會將因成本過高而束手無策為由，運用國家暴力為手段，透過處罰性行為的其中一個當事人、「純潔化」另外一個當事人，禁絕帶有社會風險的性之發生？



第二章 刑法第二百二十五條之規範分析

本文最終想要處理的問題，乃是刑法第二百二十五條規定的具體適用對象與解釋方法，從而對於現行規範的分析，即屬本文必須先行釐清之點。在本章各節討論中，首先將從整部妨害性自主罪章的修法過程出發，探討本罪在立法沿革中的體系地位轉變，以及立法者對於妨害性自主犯罪保護法益的宣示；其次，則由刑法第二百二十五條乘機性交猥褻罪之不法構成要件，分析系爭規範所指涉的被害客體範圍；接下來，即將關注重點集中至因「精神障礙」所導致的抗拒知能喪失，進一步鎖定本文所欲研究的主角：由於精神醫學上所承認的精神疾患，導致其被法院認定為無法自主決定是否要積極發生性之行為者。經由探討比較法上構成要件的解釋，最後開啓對於刑法第二百二十五條規範目的的質疑，而此即本文在下面章節中所要討論的重點。

第一節 妨害性自主罪章之立法沿革與現行規範面貌：比較法觀察

我國刑法條文主要繼受自德國與日本，尤以德國刑法值得留意，近年來刑法之大幅修正，大多依循德國刑法的修正方向進行。下文將先以德國法制為重心，兼述及日本法之規定，整理比較法上關於妨害性自主罪章乃至乘機性交猥褻罪的立法沿革與構成要件內容，進而分析我國刑法第二百二十五條乘機性交猥褻罪在規範上的特色。

第一項 德國刑法之修正：主體實踐的強調

第一款 保護法益的重新建構

第一目 從道德背反到個人性自主決定權

六〇年代以降，一種關於「性解放」的思想，開始在西方世界擴散開來¹⁴。社會對於性的想法開始轉變，人類的情慾開始被賦予正面價值，刑法規制與性道德逐漸脫鉤。而此種性觀念呈現於社會上的變遷，也連帶影響了立法者對於性犯罪規範的制定方向¹⁵。德國在其第四次刑法改革法案（4. StrG, Gesetz zur Reform des Strafrechts）中，立法者乃將刑法第十三章原本宣示屬於「悖德犯罪」（gegen die Sittlichkeit）之性犯罪行為，修正為對於個人性自主決定之侵害（gegen die sexuelle Selbstbestimmung）¹⁶，亦即，行為人之行為之所以具有刑法上的可罰性，並非其違背了何種道德倫理觀，或是實施了某種「淫亂行為」（unzüchtig Handlung; Unzucht），而是由於其侵害了個人乃至整體社會的基本利益¹⁷。若原先的條文對於特定行為存在所賦予之意義係一種悖德評價，則目前的條文乃是將構成要件行為之本質視作一種在客觀上與性相關的自主決定之保護¹⁸。從而，「個人的性自主決定權」（das Recht der sexuellen Selbstbestimmung des Einzelnen），也就作為本罪章所要保護的法益類型被正式地確立下來¹⁹，並且透過本章中各別規範的構成要件，以不同方式被加以具體化²⁰。

根據德國學說上的看法，所謂「性自主決定權」，係一種自廣泛意思形成與意

¹⁴ 對於此種「性解放」說法的檢討，詳見下文。

¹⁵ MünchKommStGB/Renzikowski Vor §§ 174ff. Rn 6.

¹⁶ Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil I, §20, Rn 1.

¹⁷ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Strafgesetzbuch, Vor dem §§174ff. Rn 1.

¹⁸ Karl Hanz Gössel, Das neue Sexualstrafrecht – Eine systematische Darstellung für die Praxis, S.13.

¹⁹ Gössel, S.10.

²⁰ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, a. a. O.

思實現自由中形塑出來的產物²¹，指的是一個人能夠決定其「是否」、「何時」以及「如何」發生性之行為²²，亦即關於性之行為發生的地點、時間、形式與對象擁有自主決定之自由²³。此種性自主決定的自由，乃是人們在對其周遭世界與社會人際網絡加以構建的過程中，據以發揮其人格，並使其個人需求獲得滿足所不可或缺的權利²⁴。相較於舊法，新法相當強調個人性自主決定的重要性，認為其係源自憲法上人格基本權之普世人性尊嚴的一部分，可透過各式各樣的途徑連結至個人的理性、道德與社會認同上，從而對於此種性自主決定之侵犯，經常令被害人感到對其個人人性尊嚴特別嚴重的傷害²⁵，而有透過刑法特別加以保護的必要。

此外，有學者則主張，妨害性自主罪章所保護的性自主決定權「並非」一種在積極意義下讓個人得以自由發展其性活動的權利，而應被理解為一種在消極意義下的「抵禦權」，亦即一種保護被害人「免於被貶低為外來性侵犯意志下之客體」的自由²⁶。在此意義下對於妨害性自主罪章的解釋，更強化了一種對於「性主體意識」的實踐（詳見下文第二節第三項）。

第二目 其他保護法益之遁入與相關條文體系的重行安排

值得注意的是，在妨害性自主罪章的個別條文中，自表面上觀察，乃是透過不同的構成要件，在具體事實類型中貫徹對於性自主決定權的完整保護。不過，若是進一步探究，即可發現其實在這些條文內，尚包含有其他附帶的法益保護目的²⁷。德國刑法第十三章之條文，大致可分為²⁸：

²¹ Gössel, a. a. O.

²² Thomas Fischer, Vor §174 Rn 7.

²³ Fischer, Rn 5. Kindhäuser, a. a. O.

²⁴ Gössel, S. 10f.

²⁵ Fischer, a. a. O.

²⁶ Renzikowski Vor §§ 174ff. Rn 7.

²⁷ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, a. a. O. Renzikowski, Rn 12.

²⁸ Gössel, S. 12f.

- (1) 保護被害人之性自主決定免於遭受強暴、脅迫等強制力之侵害，以及可能伴隨而來的身體甚至生命侵害結果，規定於第一百七十七條、第一百七十八條。
- (2) 對於他人欠缺抵抗能力之情況加以利用，進而侵害其性自主決定²⁹之情形，規定於第一百七十九條。
- (3) 除了對於被害人的性自主決定造成侵害外，尚同時侵害一種國家、社會上整體公眾信賴關係者，亦即對於受監護教養人、受拘禁人、受管收人、因疾病或無自立能力而收容於特定機構人為性侵害，以及濫用其職務或照護關係對被害人實施性之行為者，置於第一百七十四條、第一百七十四條 a、第一百七十四條 b 加以規範。由是可知，這部分條文之規範目的，不僅僅在於對個人法益的保護，而尚涵蓋了一種超個人法益——對於社會監督照護制度信賴感情的維持。
- (4) 對於幼童以青少年的性發展與性成熟造成侵害，包括單純與幼童或青少年發生性行為，或是鼓勵其從事性交易之行為，規定於第一百七十六條、第一百七十六條 a、第一百七十六條 b、第一百八十條、第一百八十二條³⁰。
- (5) 對於性自主決定權之「抽象威脅」——亦即一種對於性的過程或性的描述強加於人，而對他人形成騷擾之行為，諸如暴露狂、散布猥亵物品，或是在受禁止之地點、學校近處從事性交易之行為，屬於第一百八十三條、第一百八十三條 a、第一百八十四條至第一百八十四條 d 之規範範圍。

²⁹ 在此當然一個有趣的問題點是，在這種情形下，被害人的性自主決定究竟有無遭受侵害，似乎必須做更細緻的區分。此即下文所要探討的議題。

³⁰ 關於以幼童與青少年為對象的性行為之可罰性基礎，一直存在相當大的爭議，有學者認為系爭規範所欲保護之法益與性自主決定權本身已然沒有關係，蓋在幼童身上根本尚未形成一種具體的性自主決定意識。Vgl. Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, a. a. O.

此外，對於他人進行性剝削的行爲，除了強制他人進行性交易行爲置於第一百八十條、媒介性交易置於第一百八十一條 a 為規範外，其他如販賣人口行爲，則於第三十七次刑法條文修正時自原第十三章（舊法第一百八十條 b、第一百八十條 a）被移至以妨害一般行動自由為主的第十八章（第二百三十二條、二百三十三條 a、第二百三十三條 b）³¹。

第二款 刑度之提高與保護範圍的擴張

德國刑法自一九九七年以來的修法結果，普遍呈現出一種刑度提高的趨勢。面對日漸激化的犯罪威脅，刑事政策轉向乃被視為解決之途。在刑法朝向現代化修正的同時，傳統自由主義的刑法典範模型逐漸被一種預防性保護概念（präventives Schutzkonzept）所取代。在此背景下，刑事法與行政法上警察權力的界限，無論在實體或程序法上都漸趨模糊。然則，論者認為，此種將對於社會安全的要求反映在刑事法上的概念實有加以質疑之必要，蓋事實上刑度的提高是否真能有效保障法益，仍是一種未經證明的看法³²。

這種社會上對於可刑罰性評價的轉變，標示著一種更深層的社會變遷，尤其是婦女一性犯罪中佔絕大多數的被害族群—在整體權力地位結構上的變化³³。對於妨害性自主行爲的處罰延伸進入社會各個層面，包括家庭與婚姻內部。來自配偶的性侵害行爲不再被排除於刑法保護範圍之外，而同性之間亦有可能成立妨害性自主犯罪³⁴。在「權利平等賦予」的思潮下，性自主決定似乎受到越來越完善的保障。

然而，另一方面，在社會上卻也顯現一種日漸高漲的犯罪恐懼。在公領域內

³¹ Gössel, S. 11f.

³² Fischer, Rn 4.

³³ Fischer, Rn 4a.

³⁴ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Rn 3.

強烈的不安全感，加深了個人安全上「高度武裝」(Hochrüstung) 的防衛需求³⁵。對於性犯罪的恐懼更是如此，相關規範發展出來的密度與刑度簡直令人咋舌，論者乃形容「接觸色情刊物所面臨的處罰要比計畫做一顆原子彈還來得嚴重。³⁶」同時，社會上對於犯罪行爲人的態度也日漸嚴厲起來——不僅僅是針對已被定罪的行爲人，還包括了「犯罪嫌疑人」；單單只是對於一個人發動刑事程序上的追訴(注意：光是控訴本身尚不足以確定其犯罪與否！)，就已經在他身上印下羞恥的標記³⁷。這種「污名」(stigma) 操作導致的直接效果是：被污名者的去人性化。一種在每一位公民都應擁有的人格獨特性因而從被污名者身上消失，從此其將被化約為一種異常的存在，只留下污名的表徵供人辨認，「寫在他臉上的，不是他獨特的人格，而是那個標記。」³⁸據此，社會上對於這些「非常人」個體的描繪乃進一步走向妖魔化，「性變態犯罪者」、「色情狂」等用語更加深了恐懼，社會開始要求國家介入：提高法定刑，向公眾揭露行爲人身分，乃至透過保安處分機制延長行爲人之自由受限的期間。此一趨勢不單在德國如此，在其他國家如美國，由所謂梅根法案或是性暴力掠奪者法³⁹的定立亦可見一斑。而教導社會如何辨認這些妖魔標記——描述此類「犯罪人典型」(Tätertypen) —的理論，將持續盛行⁴⁰。

質言之，觀察德國刑法妨害性自主罪章自一九九〇年代以來的修正方向，可以歸納出以下特徵：對於傳統性道德、性倫理觀的淡化，轉而強調個人自主意識下的性活動決定權；擴大法律保護的範圍與對象，承認配偶關係與家庭中的性犯罪行爲，宣告著（至少是表面上）對父權式社會的反動；社會對於性犯罪的不安感不降反升，普遍的重刑化需求、社會防衛式的預防性刑罰期待益愈殷切。

³⁵ Fischer, a. a. O.

³⁶ a. a. O.

³⁷ a. a. O.

³⁸ Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯，《逃避人性：噁心、羞恥與法律》，2007，頁 336。另參同著，頁 340 以下。該書作者在系爭章節集中討論的是一種「羞恥罰」對公民帶來的影響，然而在刑事法的社會實踐上，其實不僅是特定的羞恥罰會對公民造成羞辱，而應該說，法律以國家暴力形式發動的本身，即足以對個人形成標記、對社會產生宣示性的效果。

³⁹ See Seling v. Young, 531 U.S. 250 (2001).

⁴⁰ Fischer, a. a. O.

第三款 德國乘機性交猥褻罪在妨害性自主罪章下之修正歷程

德國刑法中的乘機性交猥褻罪，隨著整個妨害性自主罪章進行過數次重要修正⁴¹。本罪規定於第一百七十九條，最初乃是源自德國舊刑法第一百七十六條第一項第二點，即令一意志喪失、知能喪失或患有精神疾患的婦女與一個男性發生婚姻外性行爲。於一九七三年第四次刑法改革法案中，舊法第一百七十九條第一項將刑法保護擴及男性被害人，以及其他一包含同性在內一具備身體接觸的性之行為。除此之外，立法者也致力為造成不知或不能抗拒之原因尋求一明確的定義，為此其乃於舊法第一點沿用了第二十條下關於責任能力的要素。於第二點則進一步闡明，本罪亦應包含因身體障礙致不能抗拒的情形。而在舊法第二項則仍強調對婦女實施婚姻外之性行為係構成本罪之資格要件。

在一九九七年德國第三十三次刑法條文修正法案（33. StrÄndG.，*Strafrechtsänderungsgesetz*）⁴²中，自兩方面對第一百七十九條進行了更進一步的改革。其一係將保護範圍擴張及於婚姻中之性行為（參上文第二款），不過這也使得區分性侵犯與所謂合法性接觸愈形困難。舊法第二項引入未遂犯之處罰。此外對於程度重大的案件則設法定刑為一年至十年有期徒刑，並刪除了輕微案件的規定，此係由於該次修正後，已不再區分婚姻外與婚姻內的性接觸之故，上開刑罰的調整僅為相應之結果。至於將隱含有歧視意涵的「病態」（*Abartigkeit*）更改為「障礙」（*Störung*），自內容而言則無何種實質上的影響。

一九九八年第六次刑法改革法案確立了刑法第一百七十六條第一項基本構成要件的量刑範圍，將其提高為六個月以上十年以下有期徒刑。在立法過程中爭議甚大者為，第一百七十九條規範之違法行為是否不須一如同第一百七十七條第一

⁴¹ Renzikowski, §179 Rn 7ff.

⁴² StrRG 指刑法改革法案，屬於德國的大型司法改革，可能包括刑法與刑事訴訟法都會加以修正。而 StrÄndG 係指刑法修正法案，屬於一般普通的修法，並非全面變革。

項⁴³—提高法定刑之最低下限為一年以上有期徒刑。其後根據立法者的意思，第一百七十九條規範者應該是一種「單純未經使用強制手段來實現結果」的性行為實施。第一百七十九條與第一百七十七條的差異性在於，前者所保護的對象乃是自始即未能形成或實現一抵抗之意思，而非如後者係令被害人的抗拒意思受到壓抑，故在壓制被害人抵抗意思之情形自然具有較高的不法性。在此雖可想像一種在「弱勢者應受更多保護」的名言下，要求以被害人為中心的規範擴張，然而只要系爭情況下存在有一明確的拒絕表示，不僅會該當於其他性侵害犯罪構成要件（尤其是第一百七十六條），亦屬於刑法分則系統的基本性問題。從而，指責系爭條文係對於身心障礙者之歧視的說法乃是沒有道理的。

在第三十三次刑法條文修正法案下，本罪構成要件有了實質上的改變。本次最重要的修正之一，即是放棄遵循刑法第二十條下帶有歧視感受的生物性要素，而將其與德國之社會法第九卷（das Neunte Buch Sozialgesetzbuch, SGB IX）第十四條第一項及聯邦社會保障法（das Bundessozialhilfegesetz）第三十九條第一項之條文文字相連結，把精神與心智障礙加以區分開來。此外，透過對第一百七十六條第二項、第一百八十二條第一項第二句、同條第二項第二句的適用，擴張及於與第三人之間的性接觸（第一百七十九條第二項），因而填補了原來的法律漏洞，從此亦揚棄了早期第一百七十九條作為己手犯的特質。從規範保護目的觀點言，這是個合理的修正，蓋究係由行為人或是第三人對被害人進行性之侵犯行為，對被害人來說並無區別。除此之外該次修正也依第一百七十六條第一項第一至三點提高本條第四項之刑度門檻為一年以上有期徒刑，為求衡平，乃在加重條文（第五項）中恢復對於較輕微案件降低法定刑下限之規定。

第六次刑法改革法案對於第一百七十九條的爭論到此尚未平息，在立法過程中，政府被要求在二〇〇〇年六月前提出報告，說明在第一百七十四條c、第一百

⁴³ 此係普通強制性交罪之條文。

七十七條第一項第三點之新法施行下，第一百七十九條規定是否還留有獨立適用的空間。其後根據該報告，經分析實務判決的結果，仍然支持第一百七十九條以原本的構成要件型態繼續存在，並且各方意見亦不斷要求，應停止透過高度違法行爲而對於障礙者加以一假想的一歧視之行爲。

此外，在永無止盡的重罪解決模式（*Verbrechenslösung*）與輕罪解決模式（*Vergehenslösung*）爭議中，立法者在二〇〇三年，就涉及侵害性自主決定權之犯罪行爲規範修正，與對於其他條文的修正間，嘗試了一種分歧的立法模式。一方面堅持輕罪解決模式的路線，但另一方面卻不得不與重刑化模式妥協。整體而言，在這一次刑法改革當中，第一百七十九條呈現的仍是一種重刑化趨勢：第三項程度嚴重之案件以一年為有期徒刑之下限，第五項揭示之特別犯的最低刑度不得低於兩年有期徒刑，而第六項輕微案件的法定刑範圍亦提高為一年以上十年以下有期徒刑。此一修正消除了行爲人使用與未使用強制力進行性侵犯間之差異，這在某種程度上也反映了實務對於第一百七十七條第一項第三點的解釋結果⁴⁴——事實上，在新法第一百七十七條第一項第三點的解釋範圍有所浮動下，第一百七十九條之射程亦隨之變得模糊起來⁴⁵。。質言之，以第一百七十九條區分「受到強制之被害人」與「自始不能或不知抗拒之被害人」成為多餘。只是由於第一百七十七條既已對行爲態樣（以強制為手段）作出選擇，第一百七十九條仍以一獨立的性自主犯罪型態與第一百七十七條並立存在⁴⁶。

現行德國刑法第一百七十九條規定對於欠缺抵抗能力者的性侵犯行爲：「行為人其 1. 對於因精神或心智疾患或因包括成癮性在內之障礙，或由於深度意識障礙，或 2. 因身體障礙而導致抗拒能力欠缺者，透過利用上開不能抗拒狀態對其實施性之行為，或要求其對己實施性之行為，據此為侵害者，處六月以上十年以下有期

⁴⁴ 第一百七十七條第一項第三點係規範行爲人使被害人處於一無助狀態而對其為性侵犯之情形，如將被害人載至杳無人跡之荒野，再對其提出性交之要求。

⁴⁵ *Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, §179, Rn 1.*

⁴⁶ *Kindhäuser, LPK-StGB, §179, Rn 1. Gössel/Dölling, Strafrecht Besonderser Teil, §24, Rn 1.*

徒刑（第一項）。對於上述第一句之被害人，利用其不能抗拒狀態，而使第三人對其實施性之行為，或要求其對第三人實施性之行為，據此為侵害者亦同（第二項）。於特別嚴重之案件，所處有期徒刑不得低於一年（第三項）。未遂犯罰之（第四項）。下列情形，所處有期徒刑不得低於兩年：當 1. 行為人對被害人實施性交或其他性之行為，或令被害人對其實施上掲行為時，伴隨著對身體的侵入，2. 由多人共同犯之或 3. 行為人透過糾爭行為之實施，使被害人面臨重大健康上損害之危險，或身體、心智發展上的顯著損害（第五項）。第五項中程度較輕微之案件，應判處一年以上十年以下有期徒刑（第六項）。第一百七十七條第四項第二點及第一百七八條規定⁴⁷亦適用之。（第七項）」

觀察現行德國法的條文，在構成要件上值得注意者有：（1）本條僅規範行為人利用被害人自始欠缺抵抗能力之情形，而不包括行為人實施任何手段令被害人落入知能喪失狀態的案型，後者係屬第一百七十七條強制性交罪規範範圍，（至於行為人之舉止何時會被認定是「強制」手段的一種，則是另一個層次的問題）；（2）性之行為發生對象包括行為人與第三人；（3）針對程度輕重不一之案件設有不同法定刑範圍，並有加重犯罪與加重結果犯之規定，惟在加重犯的設計上受到學說之批判，蓋在強制性交罪之所以加重多人共同犯之的刑責，按照德國學說見解，係考慮到多人違犯本罪將提升強制程度，使被害人之防禦或抵抗可能性更形減低，而使強制性交行為更易既遂⁴⁸；從另一個角度來說，也可以認為多人實施強制行為，將對於被害人之生命身體安全造成更大的威脅性。然而，第一百七十九條所規範之情形為被害人「自始」即欠缺抵抗能力，或甚至根本未形成抵抗之意思，則在此情況下，對於多數行為人共同犯之所設高度犯罪類型，其正當性似乎有重行澄

⁴⁷ 第一百七十七條第四項第二點係對被害人施以凌虐或對被害人帶來死亡之危險，此時所判處之有期徒刑不得低於五年；第一百七八條規定係因輕率過失致被害人於死，應判處無期徒刑或十年以上有期徒刑。

⁴⁸ Renzikowski, Rn 4.

清之必要⁴⁹。

在主觀不法構成要件方面，行爲人必須對於被害人因精神、身體、深度意識障礙、心智疾患或酒癮而導致「不能或不知抗拒」之情況有認知，方屬具備本罪之故意（包括未必故意的情形），亦由是方能導出行爲人對被害人施以性侵犯（Missbrauch）的結論。基本上，行爲人對於被害人之身心狀況之理解不需達到專業水平，而只要對上述情形具有「外行人之平行認知」（Parallelwertung in der Laiensphäre）即可⁵⁰，此乃不法意識概念解釋下的當然結果⁵¹。德國學說有認為，在行爲人欠缺上述認知因而欠缺本罪故意的情形，其對被害人從事性交之行爲可能落入過失傷害範疇裡面⁵²。

惟若行爲人在主觀上誤認爲被害人處於抗拒知能喪失，在客觀上卻是由於被害人過度驚懼而放棄抵禦之情形，換言之在行爲人主觀上係具備乘機性交猥褻罪之故意，而在客觀上卻是造成強制性交猥褻之結果時，由於欠缺強制性交猥褻之故意而不成立第一百七十七條第一項第三點之罪，此時德國在解釋上係認爲，強制性交之高度客觀不法仍可該當於乘機性交之低度客觀不法要件，故亦非成立未遂，而應逕依第一百七十九條第一項或第二項之乘機性交猥褻既遂罪論處⁵³。

在競合關係上，本罪與第一百七十七條之強制性交猥褻罪間、本罪之各項之間係屬於想像競合。在行爲人原先打算進行乘機性交猥褻行爲，而因中途被害人醒覺而變更犯意爲強制性交猥褻並既遂時，應屬第一百七十九條未遂罪與第一百

⁴⁹ 在此其實亦可將多人犯之的高度可罰性定位在：與多人發生性接觸，對被害人身心所造成之重大傷害（也就是輪姦的情形），然而，本條於定立時亦未限制犯罪參與者均必須親自實施構成要件行爲，換言之即使有多數行爲人在場，而其中僅有部分對被害人實施性行爲者，仍可該當本條要件，如此一來則上述解釋方向亦無從適用。

⁵⁰ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, §179, Rn 13.

⁵¹ 關於刑法上的不法意識概念，參黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，2012年3月，頁652以下。

⁵² Lackner/Kühl, Rn 10.

⁵³ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Rn 15.

七十七條既遂罪之實質競合⁵⁴。

第二項 日本刑法規範之準強姦罪・準強制猥褻罪

第一款 構成要件

日本刑法關於妨害性自主犯罪之規定，係規範於第二十二章「猥褻、姦淫及重婚之罪」，由第一百七十七條對十三歲以上女子為強姦罪開始，其次則是第一百七十八條之規定：「乘他人心神喪失或抗拒不能，或使他人心神喪失或抗拒不能而為猥褻行為者，依前條之刑處斷⁵⁵。(第一項) 乘女子心神喪失或抗拒不能，或使他人心神喪失或抗拒不能而為姦淫行為者，依前條之刑處斷。(第二項)」是為準強制猥褻罪與準強姦罪。又本罪之未遂犯罰之（第一百七十九條）。依日本法，本罪屬於告訴乃論（第一百八十條）。

所謂心神喪失，係指由於精神障礙而失去對性行為之正常判斷能力的狀態。所謂心神喪失，係指由於精神障礙，致其欠缺如常人一般對於性交行為之理解，並得依此理解而為拒絕之能力，如嚴重之精神疾病、知能障礙、泥醉狀態等⁵⁶。依照日本國內通說，此處之「心神喪失」，不一定要與欠缺責任能力（第三十九條）之心神喪失為相同的解釋⁵⁷，蓋本條係以處罰「利用被害人正常判斷能力欠缺—亦即利用有害於其意思自由之狀態—而為猥褻或姦淫行為者」為目的⁵⁸，與責任能力規定具有不同的立法意旨。

所謂抗拒不能，則是指心神喪失以外，因心理、物理上原因致其抵抗力欠缺

⁵⁴ *Shönke/Schröder/Lenckner/Perron, Rn 16.*

⁵⁵ 前條即第一七七條：「以強暴、脅迫而對十三歲以上女子為姦淫者，為強姦罪，處三年以上有期徒刑。」係強姦罪之規定。

⁵⁶ 斎藤信治，《刑法各論（第三版）》，2009年3月，頁56。

⁵⁷ 山中敬一等，《刑法各論（補正版）》，2000年4月，頁119；川端博，《レクチャー刑法各論》，2004年8月，頁55；斎藤信治，前揭著，頁56。

⁵⁸ 川端博，前揭著，頁55。

或顯著減低之狀態，如身體自由受拘束、熟睡、懼怖或驚愕等。「措手不及」亦可說是一種難以抗拒的狀態，從而在經過女性身邊時藉機襲胸，有學者認為亦可解釋為該當本條之構成要件⁵⁹。

第二項所規範者係指行為人使用第一百七十七條強暴、脅迫「以外」之方法，造成被害人心神喪失或不能抗拒之狀態，例如令被害人服用麻醉藥品、大量飲酒，或對被害人施以催眠術等⁶⁰，以作為第一百七十七條之補充規定⁶¹。據此，日本第一百七十八條準強姦罪適用範圍，除了乘被害人原先心神喪失或抗拒不能之狀態而與之性交或猥褻者外，尚包括了⁶²（1）基於猥褻行為或姦淫之目的，使用強暴、脅迫以外之方法，使被害人陷於心神喪失或抗拒不能之狀態而與之猥褻或性交；（2）基於猥褻行為或姦淫以外之目的，使用強暴、脅迫之方法，使被害人陷於心神喪失或抗拒不能之狀態，乘此狀態而與之猥褻或性交（例如基於單純制伏被害人之目的而以強暴壓制其反抗，其後乘此對其猥褻或性交之情形）；（3）由第三人作出令被害人心神喪失或抗拒不能之狀態，行為人乘此與之猥褻或性交（如對於因第三人實施強暴行為而陷入昏迷之被害人為猥褻或性交行為）。

值得注意的是，行為人使被害人誤信事實狀況，進而同意性交的情形亦屬本條之規範範圍，即所謂「法益關係錯誤」的情形⁶³，例如醫師以檢查、治療必要為由，而與患者發生性行為⁶⁴；或是經營模特兒職業介紹所之人，於拍照時向被害人表示「全裸拍照亦屬成為模特兒的條件之一，若是拒絕則無法以模特兒身分打進市場」而令被害人陷於錯誤，同意全裸入境者是⁶⁵。同理，在被害人本身對事實認

⁵⁹ 山中敬一等，前揭著，頁 119。惟此種行為在日本通說上幾乎都是以強制猥褻處理，蓋其學說上有一「暴行本身即為猥褻行為」之概念，參齊藤信治，前揭著，頁 57。

⁶⁰ 川端博，前揭著，頁 55；山中敬一等，前揭著，頁 120。另參東京地判昭 51・8・16 東高刑二七・八・一〇八。

⁶¹ 松宮孝明，《ハイブリッド刑法各論》，2009 年，頁 75。

⁶² 山口厚，《刑法各論（補訂版）》，2005 年，頁 108。

⁶³ 山口厚，前揭書，頁 109。另參山口厚編著，《刑法總論》，2003 年，頁 136 以下。

⁶⁴ 大判大 15・6・25 刑集五卷頁 285。

⁶⁵ 東京高判昭 56・1・27 刑月一三・一二・五〇。

知有誤時，若行爲人利用此種錯誤與被害人爲性交或猥褻行爲，屬於前項規定之利用他人不能抗拒而姦淫或猥褻，如暗夜裡被害人誤信行爲人爲自己的情人者是⁶⁶。

上述被害人對於性交目的與性交對象發生錯誤的情形，嚴格來說並非對於「性之發生本身」產生錯誤（蓋被害人於行爲時確實正確認知到自己即將進行性之行爲），而是對於「何以同意發生性行爲」之原因認知錯誤，此時該同意是否無效，須視系爭錯誤是否屬於「法益關係之錯誤」，亦即是否與本罪所欲保護之法益具有密切關聯而定⁶⁷。倘若系爭錯誤將導致最終法益保護目的受損，即有別於單純的「動機錯誤」，而被視為與對法益本身之認知錯誤相等，阻斷系爭同意表示的有效性。在被害人誤認性交對象的情形，由於此種關於人之錯誤，具有與本罪保護法益密不可分之重要意義，從而該同意應被解爲無效⁶⁸。在患者誤信其有治療必要而同意性交的情形，則是對於系爭性交行爲之意義發生錯誤，此時日本實務見解有認爲同樣屬於法益關係錯誤的類型⁶⁹。行爲人對被害人爲欺罔行爲時，以該欺罔行爲致使被害人陷入高度困惑、驚愕、狼狽，於精神上喪失依自主決定行動的空間，對行爲人之姦淫行爲失去抗拒能力，亦即以其錯誤之程度已達到與遭受強暴、脅迫同等效力爲限，得成立準強姦罪⁷⁰。

在行爲人的主觀要件上，行爲人對於被害人神喪失、抗拒不能之狀態必須有所認識⁷¹，換言之行爲人於行爲時必須知悉「被害人已由於特定因素而陷入不能或不知抗拒的情形」，基於上述認知對此情況加以利用而與被害人發生性之行爲。

⁶⁶ 仙台高判昭 32・4・18 高刑集一〇卷六號頁 491。

⁶⁷ 山中敬一等，前揭著，頁 120；齊藤信治，前揭著，頁 56。

⁶⁸ 參廣島高判昭 33・12・24，判時一七六號頁 34。

⁶⁹ 例如告訴患者其有罹患性病之風險，藉檢查之機會攜其至隱密處（告知患者秘密進行則不需在戶籍紀錄上登載檢查結果），繼而以負面檢查結果使患者心生恐懼，進一步告知患者可藉由與塗藥之陰莖爲性交行爲以治療，參名古屋地判昭 55・7・28 刑月一二・七・七〇九，東京地判昭 62・4・15。

⁷⁰ 東京地判昭 58・3・1 刑月一五三・二・五五，宗教百選（二版）一〇八。參岡山地判昭 43・5・6 下刑一〇・五・五六一。

⁷¹ 川端博，前揭著，頁 55。

惟在行爲人主觀上有強姦之意思，客觀上僅該當於準強姦罪之情形，仍適用本條準強姦罪之規定⁷²。

第二款 對於日本法之分析

自上述日本法之規定，可以觀察到幾點：首先，日本刑法仍使用準強姦罪/準強制猥褻罪之用語，並且性交行爲之被害人以女性爲限。在描述被害人意識喪失之情況時，使用「心神喪失」一詞以表達其不知抗拒之事實，由於重點在於性意識之有無，故強調其與刑法評價上期待可能性有無之判斷標準不同，而無須與日本刑法上責任能力規定所稱之心神喪失爲同一解釋，這也反映出對於特定概念之解釋方法，均不免受其解釋目的的影響。自日本刑法第二十二章之體系來看，本罪與強姦罪（第一百七十七條）、公然猥褻罪（第一百七十四條）、散布猥褻物品罪（第一百七十五條）、重婚罪（第一百八十四條）等並列，換言之在現行日本刑法的立法體系中，似乎並未明顯區分以個人自主爲保護核心的妨害性自主罪章與以社會性道德感爲保護核心的妨害風化罪章⁷³。

其次值得注意的是，在行爲人使被害人失去抗拒能力的狀況，亦即被害人之心神喪失（不知抗拒）或不能抗拒狀態係由行爲人所造成時，依日本刑法乃是屬於「準強姦罪/準強制猥褻罪」之範圍，而非適用第一百七十七條之強姦罪，而有別於我國乘機性交猥褻罪僅規範被害人之不知/不能抗拒限來自於行爲人以外因素的要件。此係由於日本刑法之強姦罪構成要件僅列舉「強暴、脅迫」之手段，除此之外並未另設其他相類強制手段之概括性規定，而統一由第一百七十八條爲補充規定。

此外，日本刑法亦未如德國刑法第一百七十四條以下、我國刑法第二百二十

⁷² 齊藤信治，前揭著，頁 56。另參津地平 4・12・4。

⁷³ 不過，學說在對強姦罪進行介紹時，多將其置於個人法益下妨害自由罪（個人法益に対する・自由法益に対する罪）的相關類型中。

八條一般，針對強制程度較低、以結構性權力支配對被害人之性自主進行壓抑的利用權勢性交罪類型，而是將許多案例中的被害人解釋為「類似心神喪失」而適用第一百七十八條的準強姦/準強制猥褻罪，如前述醫病關係下要求與被害人發生性關係。是以在日本刑法上，第一百七十八條之準強姦罪/準強制猥褻罪作為前條強制性交規範補充條款的性質乃更加濃厚。

第三項 我國刑法之法繼受與現行法下的乘機性交猥褻罪

第一款 刑法第二百二十五條之條文內容

我國刑法第二百二十五條最初在民國二十四年訂立之條文為：「對於婦女乘其心神喪失或其他相類之情形，不能抗拒而姦淫之者，處三年以上、十年以下有期徒刑。對於男女乘其心神喪失或其他相類之情形，不能抗拒而為猥褻之行為者，處五年以下有期徒刑。第一項之未遂犯罰之。」⁷⁴其後在民國八十八年時修正為：「對於男女利用其心神喪失、精神耗弱、身心障礙或其他相類之情形，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。對於男女利用其心神喪失、精神耗弱、身心障礙或其他相類之情形，不能或不知抗拒，而為猥褻之行為者，處六個月以上五年以下有期徒刑。第一項之未遂犯罰之。」係因應男女平權之趨勢，故將被害人範圍自「婦女」修正為「男女」；依刑法第十條之修正，將原條文構成要件中之「姦淫」修正為「性交」，謂「原條文中『姦淫』一詞其意為男女私合，或男女不正當之性交行為，不無放蕩淫逸之意涵，對於被害人誠屬難堪，故予修正為『性交』。」另依身心障礙者保護法所規定之情形，於被害人不能或不知抗拒之原因要件增列「身心障礙」⁷⁵。

⁷⁴ 其實在舊法時期，本罪所稱「心神喪失或其他相類情形」之適用範圍，究竟有無包含因精神、心智障礙致同意無效之案件類型，在實務上是有爭議的。

⁷⁵ 參民國八十八年四月二十一日第二百二十五條立法理由。

我國現行刑法第二百二十五條規定：「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。」係民國九十四年修法之結果，最主要的修正即在配合第十九條關於刑事責任能力規定用語之修正，將「心神喪失、精神耗弱、身心障礙」改為「精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類情形」⁷⁶。值得留意者，是本條對於被害人資格之定義，與第十九條責任能力規定的文字並不完全相同，立法者表示此乃有意區隔兩者範圍，「以避免實務之適用，將行為人之責任能力與被害人特質之認定，採相同之認定標準，而與本條保護被害人之意旨有悖。」⁷⁷」

第二款 我國刑法與德國刑法、日本刑法之規範上比較

對照德國、日本刑法關於乘機性交猥褻罪的規定，可以發現我國最早的刑法條文係與日本法以及德國一九七〇年代修正前之舊法近似，而其後的修正方向則大致與德國刑法相同：擴大保護對象及於男性被害人，並且針對被害客體的資格要件均進行了定義上的調整，蓋舊法時期採行與日本相類的心神喪失與精神耗弱用語，以及針對此二概念所進行之解釋，多被學說批評為過於籠統，且與醫學上用語脫節而導致適用上的困難⁷⁸，故修法時本條與十九條責任能力之規定均參照德國新法加以改訂。從構成要件觀之，現行我國刑法下的乘機性交猥褻罪採取了與德國刑法相同的立法模式，亦即強調行為人「並未」積極造成被害人不能或不知抗拒的狀態，而只是對於被害人自身固有之知能喪失狀態加以利用(Ausnutzung)，據以遂行性之行為。反之，若是被害人不知或不能抗拒之情狀係由行為人所造成，亦即行為人因自己之故意行為（例如故意強灌被害人酒類，或添加藥物於被害人

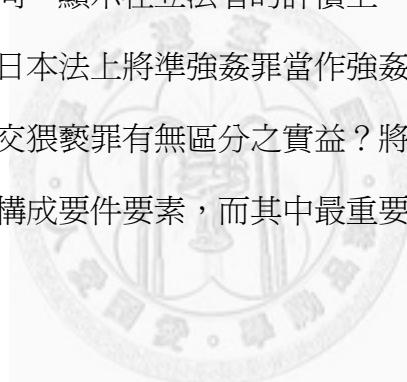
⁷⁶ 參民國九十四年二月二日第二百二十五條立法理由。

⁷⁷ 參上開立法理由。

⁷⁸ 參張麗卿，《司法精神醫學》，2004年9月，頁311-314。

之飲料內等），而使被害人陷於「不能或不知抗拒」之際而遂其犯行，則不屬於我國刑法第二百二十五條之規範範圍，而應適用第二百二十一條普通強制性交罪或第二百二十二條加重強制性交罪之規定⁷⁹。

至於與被害人發生性接觸之對象究係行為人抑或是第三人，在我國實務並未強調本罪為己手犯、承認間接正犯與共同正犯之概念，並在第二百二十二條亦揭示二人以上共同犯之並不限於每一行為人均須對被害人進行性接觸的解釋結果下，似乎無須再如德國刑法對其加以明文規定。然而在刑度上，我國第二百二十五條第一項（乘機性交）之法定刑為三年以上十年以下有期徒刑，第二項（乘機猥褻）為六年以上五年以下有期徒刑，係與第二百二十一條之強制性交罪與第二百二十四條之強制猥褻罪完全相同，顯示在立法者的評價上，本罪係與強制性交猥褻罪相當，此似乎又帶有一點日本法上將準強姦罪當作強姦罪補充條款而為適用的味道。則究竟本罪與強制性交猥褻罪有無區分之實益？將其分開立法之標準何在？下文即將接著分析本罪之構成要件要素，而其中最重要者即是被害客體的資格要件。



⁷⁹ 最高法院 100 年台上字第 6315 號判決參照。

第二節 乘機性交猥褻罪之規範目的與構成要件分析

第一項 本罪之保護法益：所謂性自主「當然侵害」與「擬制侵害」

關於乘機性交猥褻罪之規範目的，大多數見解均是定位為與整部妨害性自主罪章一致的「個人性自主決定權」⁸⁰。然則如上所述，關於性自主決定權的內容，乃是「個人依照其自主意思，決定是否、如何以及與誰發生性接觸之自由」，也因此刑法得以處罰對被害人現有的、已發生並且具備特定方向的自主意思加以妨礙之行為。而在乘機性交猥褻罪中，被害人卻往往處於「自主意思無從發生或無從實現」的狀態，換句話說行為人似乎並未「妨礙被害人之性自主意思」，蓋其欠缺妨礙客體之故。如此一來，究竟要如何去解釋本罪的保護法益？

德國學說針對乘機性交猥褻罪的規範目的，大致上可以從兩個層面進行論述⁸¹：第一個層面是處罰對於「性自主權的直接侵害」，此種情形係指被害人已在客觀上表達出其拒絕發生性接觸之意思，只是由於特定因素之存在而無法實現其防禦行為，例如身體障礙的被害人，此時行為人無須實施何種強制手段即可遂行其行為目的，同時仍舊違反了被害人當下的自主決定，此處本條亦同時具備對於強制性交猥褻罪規範漏洞的填補功能⁸²；第二個層面則是在更廣泛的意義下，保護被害人在性的領域中能夠免於「不自主」(Fremdbestimmung) 的自由，這指的是被害人本身無法以正確方式安排自己的性生活，故雖則被害人對於性接觸之發生可能表示過同意，但由於無法確定系爭同意乃是出自被害人對於保護利益的正確認知，因此行為人仍然是在欠缺一必要同意的情況下侵入了他人的權利範圍，而具備刑

⁸⁰ Renzikowski, Rn 1. Fischer, §179, Rn 1. Petra Bungart, Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen: Der Schutz Behinderter durch das Sexualstrafrecht, 2005, S. 170. Lackner/Kühl, Rn 1. Aber see Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Rn 1, 似乎是將本罪法益定位為對自由性自主決定之限制 (Einschränkungen)。

⁸¹ Renzikowski, Rn 1.

⁸² Renzikowski, Rn 3.

法上的可罰性⁸³。

我國的學說則有將對於性自主權之侵害區分為「當然侵害」以及「擬制侵害」兩種⁸⁴，前者係指刑法第二百二十一條至二百二十四條之強制性交與強制猥褻罪、二百二十八條之利用權勢性交猥褻罪⁸⁵，後者則指第二百二十五條之乘機性交猥褻罪與第二百二十七條之與幼年人性交猥褻罪。而區分上述類型之標準即在於，行為人究係在個案中直接違反了被害人的性自主意識，抑或是透過立法者以規範「擬制」被害人的性自主意識遭到侵害。此種「擬制」，也就是假設：在外觀上欠缺一個可被辨識並被法律所承認的被害人同意時，立法者便認定，被害人對於係爭性接觸之發生乃是不同意的⁸⁶，從而行為人仍舊是違反了此一「擬制出來的拒絕意思」與被害人進行性之接觸，也因此侵害了被害人的性自主決定權。質言之，就是將性自主意識的表達解釋為「沒有講要，就是不要」。

此種解釋方式，實際上是將刑法中的性自主權利實踐定位為消極的拒絕權，也就是「專指人類基於性的自主決定，可以在任何時間、情狀拒絕他人性行為或性的行為加諸於自己的權利⁸⁷」，而在乘機性交猥褻罪中所要保護者即為「無法自己為拒絕之人」，透過法律規範「補足」其拒絕意思，使其可以保有「不發生性接觸之權利」。依據多數說法，這種法益思考背後所代表的是一種性主體意識的強化，以及客觀上將他人性客體化行為的禁止（詳見後述）。是以，對於本罪的解釋便隨之轉移到下一個問題上：法律何時要介入擬制被害人的性自主拒絕意思？顯然，此時即必須對於「法律上無能力拒絕」之概念進行探討，而將焦點集中至「由於特定原因而不能或不知抗拒」的要件上。

⁸³ Renzikowski, Rn 1.

⁸⁴ 李聖傑，〈從性自主權思考刑法的性行為〉，《中原財經法學》，第 10 期，2003 年 6 月，頁 13。

⁸⁵ 此處復依對於性自主意思侵害之程度大小區分為對於性自主之絕對侵害與相對侵害，參李聖傑，前揭文，頁 14。

⁸⁶ 李聖傑，前揭文，頁 17-18。

⁸⁷ 李聖傑，前揭文，頁 33。另參張必昇，《猥褻概念的解構與性自主概念的重構——以性羞恥感為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2009 年 7 月，頁 120。

第二項 精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類情形之存在

我國刑法第二百二十五條之被害客體，係因「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」之男女。此一要件在解釋論上的重點有二：其一，被害人必須在客觀上存在有一精神、身體或心智障礙的情形；其二，被害人必須受到此一狀態所影響，導致其喪失對於性侵害行為表示拒絕、加以抵禦之能力⁸⁸。前者係生理或心理狀態，後者則是被害人在具體互動模式上的表現。

依據立法理由，本條修正後，與刑法第十九條責任能力的規範均是依循德國刑法之立法趨勢，採取「生理—心理混合立法模式」⁸⁹，亦即將系爭個人的情狀區分為生理原因與心理結果兩個層面，在生理原因部分，以有無精神障礙或其他心智缺陷為準，由具備精神醫學專業之醫事鑑定人員加以判別⁹⁰；而在心理結果方面，則屬於法院專屬之權限義務範圍，由法官針對刑法上個別構成要件要素是否得適用於該個人情狀進行認定，論者認為此種區分專業領域之立法應有利於實務的操作⁹¹。在責任能力的判斷上，法官要決定的是行為人是否由於系爭精神、心理上原因導致其不能辨識其行為違法或辨識能力顯著減低；而在乘機性交猥褻罪的客體判斷上，法官所要決定的則是被害人是否由於精神、身體、心智或其他相類似障礙，導致其成為本條所定義「不能或不知抗拒」之人。

然而，上述所謂生理—心理混合模式的精神醫學—司法系統運作模式，果真能夠結合得如此天衣無縫？當我們開始探討精神醫學上對於個人生理狀態的認定

⁸⁸ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron §179 Rn 4; Renzikowski §179 Rn 20.

⁸⁹ 參民國九十四年二月二日第二百二十五條立法理由。另參林山田，〈刑法通論（上）〉，2006年九版，頁372、頁502；張麗卿，〈責任能力與精神障礙——評刑法修正草案〉，《月旦法學雜誌》第93期，2003年2月，頁82；黃榮堅，前揭書，2012年3月，頁636。

⁹⁰ 蔡墩銘，〈精神障礙與意識障礙〉，《民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，2005年9月，頁42。

⁹¹ 參張麗卿，〈責任能力與精神障礙—評刑法修正草案〉，《月旦法學雜誌》，93期，2003年2月，頁84。及氏著，〈精神障礙者之犯罪〉，《台灣本土法學雜誌》，第86期，2006年9月，頁163。

時，是否果真具有刑法構成要件上的實質意義？到了最後，在乘機性交猥褻罪中我們所關注的對象，究竟是取決於哪一個實質標準而被挑選出來？此係本文在下一章所要討論的重點。

另外，依照最高法院之見解，行爲人對於被害人的不能或不知抗拒情狀必須知悉，謂：「刑法第二百二十五條第一項乘機性交罪，僅處罰故意犯。因此行爲人就被害人有精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，雖不以明知（筆者註：指意圖）為必要，然至少應有知悉或預見被害人有該等情形，仍予利用，並容任其發生性交之意欲，始足成立本罪。」就刑法在主觀不法構成要件的設定目的而言，此為當然之理，無庸贅述。

第三項 行爲手段：「利用」被害人知能喪失之狀態遂行性之行為

在乘機性交猥褻罪與利用權勢性交猥褻罪之不法構成要件中均有「利用」兩字，在此兩種案型中，由於行爲人欠缺外在的強制手段，從而行爲人「利用」被害人不知或不能抗拒之狀態與其發生性接觸，即為本罪所要求之構成要件行爲，也是接下來所要解釋的重點。

第一款 「利用」：以被害人之知能喪失作為手段遂行不法構成要件

我國第二百二十五條中所稱之利用係承襲自德國法。德國刑法第一百七十九條的不法構成要件，強調行爲人必須具備對於抵抗能力欠缺的利用行爲（Ausnutzung der Widerstandunfähigkeit），亦即，系爭被害人欠缺足夠的防禦意思形成與實現能力，而行爲人對此有所認識，並且有意將之作爲一種「被給予之機會」、「行爲之手段」遂行不法構成要件時，即為此處所說的「利用」⁹²。亦即，系爭被害人之 Widerstandunfähigkeit 令行爲人欲對其實施之性侵犯（Mißbrauch）成

⁹² Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Rn 9. Gössel, S. 71.

爲可能 (ermöglichen)、或至少因此能夠更輕易地被實施 (erleichtern)⁹³。據此，德國學說上提出不屬於此處「利用」的兩種情形：

第一種是行爲人對被害人仍然存在強制行爲的實施。亦即，被害人雖然客觀上具備精神或身體障礙，但並未達到抗拒知能的完全喪失，就系爭行爲人所要求之性接觸行爲仍能生發抵禦意思，只是由於其障礙而降低了抵禦能力，此時並非德國刑法第一百七十九條之規範範疇，而應視行爲人實施之強制行爲態樣：對被害人直接施以強制（惟強制之程度由於被害人狀況而較普通強制性交爲低）者，應適用第一百七十七條第一項第三點類型下的強制性交猥褻罪；若是利用爲被害人諮詢、治療或照顧之結構性關係而與被害人發生性接觸，則應適用第一百七十四條 b 之（相類於我國刑法第二百二十八條之利用權勢性交猥褻）罪。換言之，在第一百七十九條下所指稱”widerstandunfähig”之被害人，必須處於「完全」喪失抗拒意思或抗拒能力 (Widerstand völlig ausgeschlossen) 的狀態，若是被害人曾以任何形式表達出反抗意思者，即進入他罪之射程⁹⁴。

第二種則是被害人以一種符合法律上重要性的形式，對系爭性之行爲加以同意的情況，特別是在第一百七十九條第二項下具有身體障礙之被害人所爲的同意，由於此類被害人對性行爲之認識並無欠缺，故其同意原則上均能阻卻不法；至於在被害人患有精神障礙的情形，則必須以該精神障礙之程度尚未影響到被害人的同意能力爲限⁹⁵，即被害人所爲之同意非基於精神或身體障礙所生⁹⁶者，該同意方屬有效。反之，若是被害人由於自身嚴重之精神或心智障礙導致其抗拒能力的退卻，因而僅僅以一種近似本能感受的無抗拒狀態尋求性之接觸時，即便行爲人曾得到被害人表面上的同意，然因該同意係源於被害人的知能喪失狀態，行爲人依

⁹³ Renzikowski, Rn 33.不過在解釋「利用」之範圍時，其與第一百七十七條第一項第三點之間應如何擇一適用，實質標準仍不明確。Vgl. Lackner/Kühl, Rn 7.

⁹⁴ Gössel, S. 69.

⁹⁵ Renzikowski, Rn 34.

⁹⁶ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Rn 11. Gössel, S. 69.

然該當於此處的「利用」要件。

第二款 抗拒知能喪失者從事性行為的可能性：在一般關係下對於性行為發生之容許

由上所述，判斷被害人同意生成的基礎，即為本罪適用與否之關鍵，亦為法院最困難的任務。依照德國通說，在第一百七十九條之規定下，並非意指精神障礙者的性行為完全無由發生，亦不禁止其自由發展正常的人際交往關係，是以，諸如妓女與一個精神疾患者發生性行為、一個高度智能不足者在同村青年中找尋其伴侶，抑或是在一先前已存在的性關係裡，當其中一方後來發生精神障礙後繼續此一關係，以及像是精神障礙者與其穩定交往之對象結婚、與其伴侶出於對雙方之愛意而從事性行為等，均不屬第一百七十九條所欲處罰之標的⁹⁷。此外，在一時性的精神障礙知能喪失之情形，亦可能存在對於系爭性接觸的有效同意，例如透過服用迷幻藥來激發性體驗，而在恍惚中完成性行為者是⁹⁸。按，因為“Ausnutzung”這個字在德文中原本就有「基於自私之目的而為利用」、「榨取」之意，是以立法者在條文構成要件中使用此一用語，本身即帶有對系爭行為為負面性質限定的意思。是以，行為人也只有在惡意利用被害人精神或心智不健全狀態的情形下，才可能該當對被害人的性之侵犯行為（Missbrauchs）。

德國學者 Gössel 的書籍上曾經舉過這樣的一個案例⁹⁹：A 與（德國）刑法第二十條意義下的智能低下者 B 發展出一段友好的關係，並進而衍變為性愛關係，兩人並從事多次的性行為。其後，A 乃要求 B 與一個外國人發生有償的性行為，且透過對 B 表示「你敢說不試試看」促使 B 同意 A 的要求。事後，B 將與該外國人從事性交所獲得的金錢交給 A，A 則再度與 B 發生性行為。在這兩個事件中，B

⁹⁷ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Rn 9. Renzikowski, a. a. O.

⁹⁸ Renzikowski, a. a. O.

⁹⁹ Gössel, S. 64.

均是出於對 A 的愛慕之情而進行性行爲。在上開案例中的 A，究竟是否對 B 成立何種刑事責任？

在這個例子裡，應首先留意到的是智能不足之 B，是否該當於德國刑法第一百七十九條的被害客體要件？如上述，由於目前德國乘機性交猥褻罪與第二十條責任能力規範脫鉤，「智能不足」已非當然列舉之被害客體資格要件，而由本題案件事實中亦無法看出 B 之智能不足是否已然導致其抗拒知能喪失，故並不當然符合第一百七十九條之要件。惟 A 對 B 說「你敢說不試試看」一語，可能該當第一百七十七條第二項強制性交罪的脅迫要件，故 B 對於與第三人發生性行爲所表示之同意並非出自其真摯意思而失其效力¹⁰⁰。若是進一步證明 B 由於系爭智能不足的精神障礙因素，導致其缺乏作成有效同意之辨識能力與判斷能力，則 B 在與 A 發生性行爲時所為之同意效力亦將被排除¹⁰¹。

第三款 侵害是否發生之認定

德國學說上另外一個概念爭議是關於「性侵犯」(Missbrauch) 的認定方式。學說上批評，在討論行爲人對被害人所實施之行爲時，行爲人與被害人之關係往往影響判斷結果。關於性侵害成立與否相關爭議之著名案件，載於聯邦最高法院在一九八三年作成的一則判決¹⁰²：本案中之被告是任職於一所心神障礙學校的教師。在被告所照顧的障礙團體中，有一位當時約十四歲，生理上已然完全發展的女孩子，由於其高度智能不足所伴隨而來的自閉症狀，使其極端地自我中心，並且在她迷人的生理成熟度底下，約莫只有一歲孩童的心智狀態。在她的性活動方面，也是一樣具有極度地自我中心傾向。本案被告愛上了這個女孩，將她看作心

¹⁰⁰ Gössel, S. 68. 在德國新法修正後特別將對第三人為性交之狀況明文納入規範，故本例中特意以 B 和第三人發生性行爲為例乃是為了強調此一修法結果。

¹⁰¹ Gössel, S. 70.

¹⁰² BGHSt 32, 183ff; SK/Horn/Wolters, § 179, Rn. 11. Vgl. Petra Bungart, Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen: Der Schutz Behinderter durch das Sexualstrafrecht, 2005, S. 188ff.

靈上相當親近的對象。為了要讓這個女孩能夠接受一個被告認為很有希望、但是卻為女孩雙親所反對的「擁抱治療」("holding Therapie")¹⁰³，也為了透過這個行為的結果，能夠得到女孩雙親之允准，讓他和女孩共同生活，他因此拐誘了這個女孩，這個女孩由於本身心智能力的欠缺，無法拒絕被告，從而和他一起旅居各地，直至大約兩週後才在被告的自小客車上遭到逮捕。

依照德國聯邦最高法院之見解，認為本案被告不構成對於系爭女孩的性侵害。被告將女孩視為心靈上親近的伴侶，對她無比關注，並且真心愛上她。被告覺得，女孩需要關愛，而她接受了他的愛慕、也給予他回報。出於對這個女孩的愛慕之心，被告對被害人的奉獻與付出，較其他照顧者更為全心全意也更有耐性，甚至因而讓自己在生活上陷入困難。他花了大量心力深入研究自閉症狀，並且乞求女孩的父母，請他們同意讓他對女孩實施「擁抱治療」，並讓他和女孩可以生活在一起；他拐誘女孩，是為了要讓系爭治療得以有實施的可能。他和女孩第一次發生性行為，是由於女孩自慰，她的自慰舉動激起了被告性慾。被告在從事系爭性行為時十分小心周到地進行，以令女孩覺得滿意舒服。當被告被逮捕，並且被告知他將永遠失去這個女孩的時候，他被徹底地擊潰，失聲痛哭並且說道，一切都完了。

上述事實證據指出了被告與系爭女孩之間出於心理上親密之感、個人愛慕與關懷的關係，而且這個關係—至少按照被告的想法—係在一個透過障礙所界劃出來的狹窄範圍內經過女孩同意的。被告對於女孩所抱持的內在態度，以及他在性行為中的小心翼翼，阻卻了法律對他「性侵女孩以滿足性慾」之非難。

這個判決引起了學界的激烈討論與批判。批判意見認為，對於性侵犯認定構成要件要素之解釋，受到行為人態度與主觀想法的過度引導。學說指出，被告對

¹⁰³ "holding Therapie" 是一種針對自閉症兒童所採用的治療方法，由照顧者緊緊擁抱孩子，即使孩子有所抗拒亦不放手，希望藉此產生被照顧者和照顧者之間的聯結，進而達到治療效果。

被害人的愛戀之心、對於系爭情境—就其所提希望能與女孩共同生活建議之擔憂—的絕望等等應該要被隱藏起來，而且被告在被逮捕後的消沉萎靡與淚水，自法律上觀點來說，跟德國刑法第一百七十九條中所規範的構成要件行爲根本沒有關係。只要（上述這些被告表現出來的情緒波動與行爲方式）並未涉及到規範主要保護法益，那麼它們便肯定不會成爲系爭犯罪行爲上的不正常偏離，換句話說，對於行爲人所致法益侵害的評價並不會因此而改變。同理，被告由於系爭智能不足的女孩自慰，而引起其性生理上反應的情形亦是如此。學說以爲，人們不能僅僅根據行爲人的內心態度進行判斷，否則規範中的客觀構成要件要素將會變得極度主觀化，並且具有實質操作意義的解釋界限也將因此而喪失¹⁰⁴。



¹⁰⁴ *Petra Bungart, a. a. O.*

第三節 小結

本章自比較法以及立法沿革上的觀察，首先點出在刑法修正之後，妨害性自主成為獨立罪章，強調以個人性自主決定權利之維護作為本章共通的保護法益內涵。其次亦由比較法觀點出發，檢視我國刑法第二百二十五條乘機性交猥褻罪的不法構成要件，可知本罪在適用上，主要核心在兩個概念的解釋：其一是關於被害人的資格，即如何定義「不知或不能抗拒」之問題，而通說與實務均將被害人由於欠缺一般性認知致其同意不具有刑法上同意效力者，亦解為被害人不知抗拒的類型；其二則是關於行為人的行為手段，必須要是行為人「利用」被害人不知或不能抗拒狀態而與之發生性行為，方該當本罪之不法。

而造成本罪適用上爭議者，也正是以上兩個概念。蓋所謂同意能力有欠缺，以及何謂利用，都具備解釋上的模糊性。目前規範對於此二概念之解釋，呈現一種強烈的價值判斷意涵，帶有明顯的目的取向，並且嘗試將法益侵害的標準客觀化。亦即，不以被害人主觀上對於系爭性行為是否拒斥、以及行為人對被害人所抱持的主觀情感作為判斷被害人之性自主決定權利是否受到侵害之依據，而是透過一種所謂「社會上多數人在系爭狀態下，是否會接受這樣一種性行為、或是否會維持這樣一種性關係」來加以認定。

這樣的解釋是否果真能夠實現修正後妨害性自主罪章之立法意旨，並兼而貫徹對本罪規範的被害人群體之保障？本文將在以下章節中一一進行檢討。

第三章 作為刑法第二百二十五條被害客體之「精神障礙者」

第一節 醫學上對於精神障礙之定義

「精神障礙」，或者更趨近醫學意義的「精神疾患」一詞，現身於人類知識史上的時間其實並不久遠。然而，早在此一名詞正式誕生前，人類對於他者的異化與排除機制從未間歇，或許差別只在於人類社群賦予這些被排除者的名字、宣稱其不同於我輩的理由，以及透過上述語言，在一般人心中所勾勒出這些他者的形貌。在近代理性主義昂揚、知識與權力技術益發緊密結合之時，這種對於他者的區劃也越來越明顯：我們熱中於「發現」一群不同於自己的人，詳細描述他們的樣貌，並且決定要如何對待他們。

「精神障礙者」於是正式被納入知識的版圖，並且展開其與正常人間無止盡的交錯糾葛。可以說，打從人類高舉著理性的火炬，齊唱聖歌，試圖以自然科學的秩序照亮歷史上的黑暗角落開始，精神障礙者的臉孔便如同魅影一般，緊緊吸附於理性之炬的底座之下。或許更確切地說，是理性透過語言的柵欄，將一群有著奇異形貌的人一自詡為理性者仍姑且稱他們為人，但這似乎也僅止於一種語言上的妥協一圈劃出去，並且藉由此一劃分動作進行理性本身的自我再製。

不過，本文並不打算細細追溯從女巫、麻瘋、瘋人院到精神病院的考古學，也暫且擋下理性面對混沌與虛無時的窘迫與自圓其說（但是關於這一段歷史遺留予今日世界的痕跡，仍將在後續章節討論中若隱若現），而是要直接由知識誕生之後對於精神障礙者的凝視，分析不同知識領域闡釋精神障礙者的語言，並從中找出這篇論文所要鎖定的「精神障礙者」及其特質。上述文字只是要表達：精神疾患或精神障礙一詞，本身就是一個浮動的概念，同時夾雜有醫學與社會學的色彩。而在法學的領域，這個名詞所代表的又是另外一個問題了。

第一項 精神醫學臨床上的分類方式

在精神醫學領域對於精神疾患的分類模式，國際上主要使用兩種分類系統：國際疾患及有關健康問題統計分類（International Classification of Diseases and Related Health Problems, ICD），以及美國精神醫學會「精神疾患診斷統計手冊」（American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM），我國亦是採取此二項標準。

惟上述二項標準並非固定，而是隨著醫學與整體社會政策不斷流變，如 ICD 即已歷經十次改定。目前世界衛生組織（World Health Organization）使用的 ICD 第十版（ICD-10）¹⁰⁵ 係在一九九二年參照美國精神疾患診斷與統計手冊第三版（DSM-III）所修訂，將精神疾患分為器質與症狀性、情緒性、人格障礙、心理發展障礙等十一大類¹⁰⁶。而 DSM 標準是由於美國精神醫學會認為一九四八年的 ICD-6 未臻理想，故決定自行編制美國精神醫學使用的分類系統，於一九五二年發行了本手冊的第一版（DSM-I）。而現行美國所使用的精神疾患診斷統計手冊第四版之修訂版（DSM-IV-TR）係在二〇〇〇年修正，除了精簡各種規則與條件，並試圖將醫學臨床上的實用因素與法律上的運用性加以統合，而將精神疾患分為物質濫用、精神分裂、情緒、焦慮、解離、人格障礙等十六大類¹⁰⁷。就兩種標準進

¹⁰⁵ 1948 年世界衛生組織頒布 ICD-6 時，首次另闢獨立專章，將「精神疾患」納入 ICD 分類系統中作為一種疾病類型。

¹⁰⁶ 詳細分類包括（A）器質性精神疾患及症狀性精神障礙（Organic, including symptomatic, mental disorders）、（B）精神作用物質作用所致精神及行為障礙（Personality behavioural disorders due to brain disease, damage and dysfunction）、（C）精神分裂症、精神分裂型疾患及妄想疾患（Schizophrenia, schizotypal and delusional disorders）、（D）情緒（情感）疾患（Mood (affective) disorders）、（E）神經症、應力相關疾患與身體化疾患（Neurotic, stress-related and somatoform disorders）、（F）生理障礙及身體因素性行為症候群（Behavioural syndromes associated with physiological disturbances and physical factors）、（G）成人人格及行為障礙（Disorders of adult personality and behaviour）、（H）智能不足（Mental retardation）、（I）心理發展障礙（Disorders of psychological development）、（J）兒童與少年期發病行為與情感障礙（Behavioural and emotional disorders with onset usually occurring in childhood and adolescence）、（K）未定型精神障礙（Unspecified mental disorders），參照曾文星、徐靜著，《新編精神醫學》，2003 年 9 月初版，頁 170 以下。

¹⁰⁷ 詳細分類包括：（A）嬰兒期、兒童期或青春期的疾患（Disorders usually first diagnosed in infancy, childhood, or adolescence）、（B）譫妄、痴呆、失憶及其他認知障礙（Delirium, Dementia, Amnestic

行比較，例如 ICD 乃是世界衛生組織基於公共衛生政策上編碼與研究之目的而設計，統計學上的意義較為濃厚，而 DSM 則是作為精神疾患診斷上的工具手冊，偏重診斷準則之確立與臨床應用¹⁰⁸。

第二項 以治療與公共衛生目的為導向的定義

觀察上述分類模式，值得注意之處在於，這些分類都是基於臨床醫學上的需要而產生，亦即是以「治療」為核心目的。對於一個精神科醫生而言，之所以要為人類的精神與心智設定一「正常」圖像，並且運用多種指標標記出「異常」所在，為的是能針對這些異常投藥改善，最終達到醫學實踐上的目標：讓病患擁有令其自身或其家屬感到更滿意的生活機能¹⁰⁹。依據這些診斷在醫學上被定義出來的「精神疾患」概念，其目的在確認針對特定個案進行醫療上介入的意義，包括該疾患造成病患生活價值上的缺憾、具備醫療技術上的介入可能性（因果關係明確性）、施予醫療行為的價值性等¹¹⁰。此時，系爭疾病的定義以及分類僅僅表示醫療必要上的目的，換言之，只要醫師甚或病患本身認為，其生理上某些因素致使其生活常態受到影響，且系爭生理上原因能夠對應至特定指標、透過特定藥物進行治療，那麼採用一種較寬泛的標準，將較大範圍之「異常」情形定位為精神疾患，似乎並無不可。而在此一意義下對於精神疾患之定義過程，也往往是漸進式、

and Other Cognitive Disorders)、(C) 未歸類之一般疾患所致精神障礙 (Mental Disorders Due to a General Medical Condition Not Elsewhere Classified)、(D) 物質(濫用)所致(精神)障礙 (Substance Related Disorders)、(E) 精神分裂症及其他精神疾病 (Schizophrenia and Other Psychotic Disorders)、(F) 情緒疾患 (Mood Disorders)、(G) 焦慮疾患 (Anxiety Disorders)、(H) 軀體症狀疾患 (Somatoform Disorders)、(I) 僞病障礙 (Factitious Disorders)、(J) 解離疾患 (Dissociative Disorders)、(K) 性與性別認同障礙 (Sexual and Gender Identity Disorders)、(L) 飲食障礙 (Eating Disorders)、(M) 睡眠障礙 (Sleep Disorders)、(N) 他處未分類之衝動控制疾患 (Impulse-control disorders not elsewhere classified)、(O) 適應性障礙 (Adjustment Disorders)、(P) 人格障礙 (Personality Disorders)，參照孔繁鐘編譯，《DSM-IV-TR 精神疾病診斷準則手冊 = Quick reference to the diagnostic criteria from DSM-IV-TR》，2007 年四版，全文。

¹⁰⁸ 參照黃柏翔，《精神病性疾患與解離性身分疾患》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 19。

¹⁰⁹ 黃榮堅，〈兇殘？異常？突發性失能之規範性判斷問題——評最高法院 96 年台上字第 6233 號判決〉，《法令月刊》，第 60 卷第 9 期，2009 年 9 月，頁 28 以下。

¹¹⁰ 黃榮堅，前揭文，頁 32。

存有多種可能的。醫生在聽取患者或其家屬的描述後，或許無法立即辨識出所有診斷上必要的指標，這時候便可以嘗試針對病人的具體需求（例如：希望晚上能夠更容易入睡、希望能夠消除莫名的不安全感或突來的自殺欲望）進行初步投藥，觀察情況是否有所好轉。倘若病人果真由於治療行為而感到症狀的舒緩、生活品質亦有所提升，此時是否要將其症狀歸類為特定之精神疾患典型也就不那麼重要。

然而，醫學上採用的分類方式，尚可能存在其他超越單線醫病關係與病患個人需求之目的，亦即國家整體公共衛生政策，如上述 ICD 分類標準即帶有此種意涵。在公共衛生領域，被納入考量的因素包括了人口與疾病控制、國家政策成本，進一步必須決定哪一群個體應適用精神衛生法之規範¹¹¹，是否以及在何種前提條件下得以對於特定個人實行隔離或強制住院措施等等。此時，隨著一種社會安全與社會防衛思想的滲入，對於精神疾患定義上的社會性特質便顯露出來：精神病患的標記不再是單純疾病表徵，而是與一股更強烈的異化現象結合在一起。哪一些人可能造成社會傷害？哪些人可能由於無力進行自我照護而必須耗費社會資源？哪些個體應該被隔絕於其他社會成員之外，接受不同的生活型態、另一種社會圖像塑造？相對於此，另一波來自自由主義論者的質疑亦隨一出現：精神疾患是否只是另一種標籤化的手段，一種以專業知識為名限制個人自由的陰謀？事實上直

¹¹¹ 精神衛生法第三條規定：本法用詞定義如下：「一、精神疾病：指思考、情緒、知覺、認知、行為等精神狀態表現異常，致其適應生活之功能發生障礙，需給予醫療及照顧之疾病；其範圍包括精神病、精神官能症、酒癮、藥癮及其他經中央主管機關認定之精神疾病，但不包括反社會人格違常者。...四、嚴重病人：指病人呈現出與現實脫節之怪異思想及奇特行為，致不能處理自己事務，經專科醫師診斷認定者。」第四十一條規定：「嚴重病人傷害他人或自己或有傷害之虞，經專科醫師診斷有全日住院治療之必要者，其保護人應協助嚴重病人，前往精神醫療機構辦理住院。前項嚴重病人拒絕接受全日住院治療者，直轄市、縣（市）主管機關得指定精神醫療機構予以緊急安置，並交由二位以上直轄市、縣（市）主管機關指定之專科醫師進行強制鑑定。但於離島地區，強制鑑定得僅由一位專科醫師實施。前項強制鑑定結果，仍有全日住院治療必要，經詢問嚴重病人意見，仍拒絕接受或無法表達時，應即填具強制住院基本資料表及通報表，並檢附嚴重病人及其保護人之意見及相關診斷證明文件，向審查會申請許可強制住院；強制住院可否之決定，應送達嚴重病人及其保護人。第二項之緊急安置及前項之申請強制住院許可，由直轄市、縣（市）主管機關委託指定精神醫療機構辦理之；緊急安置、申請強制住院之程序、應備文件及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。」

到今日，反對使用精神疾患一詞、將「定義精神疾患本身」視為社會歧視手段的聲音依舊存在¹¹²。

據此，我們發現「精神疾患」概念基於解釋目的所產生的不確定性。要問的問題在這裡改變了。我們應該要關心的不單只是「精神障礙或精神疾患的定義是什麼？」在此之前，我們還必須先釐清一件事：「在這裡所定義出來的精神障礙概念，要用來做什麼？」



¹¹² See Thomas. S. Szasz, The Myth of Mental Illness, American Psychologist, 15, 1960, 113-118.

第二節 刑法上的精神障礙概念

第一項 概念解釋目的在於適用構成要件

在刑法領域，精神障礙概念解釋的目的性取向尤其明顯。對於法律適用者而言，最後要關心的並非「如何治療特定釐患精神疾病之個體」或「如何針對特定個體進行長期、具有未來展望空間的處遇」，而是「在過去的某一個時點，特定人的特定精神狀況，是否直接或間接影響國家刑罰權之發動與否」。是以若說醫學上解釋精神障礙概念的重點，係連結至作為個體的病人本身、在一段期間內漸進式的精神狀況變化，刑法上則是側重病人在過去特定時間點、外在狀態於具體構成要件涵攝中之結果，換言之，「個人人格」與「長期觀察」在刑法意義下的精神障礙概念認定中被消除了，精神障礙者在法律適用上被斷片化與破碎化，僅僅留下一定的「效果」：於責任能力規定中係作為不法行為實施的主體背景，於乘機性交猥褻罪中則係導致行為手段與適用法規轉換的客體條件。是以，在法學上所討論的精神障礙，與其說是針對概念本身加以界劃、對病患個人進行診斷，毋寧只是透過概念建立一套標準、測定某個行為在法律上的作用。此一關注重心的不同，進而導致了兩個領域使用語言的分歧，此觀察刑法上責任能力判斷之立法過程即可見一斑。

第二項 醫學與法學的極限

如今，我國與德國刑法所採取的生理—心理混合立法模式，似乎企圖用「專業分工，各司其職」的說法，為醫學與法學這兩個領域接軌，也就是把釐清事實部分交給專業鑑定人，而將法律效果判定部分保留給專業法官。然而，由上述關於醫學與法學對精神障礙概念解釋目的的差異，我們可以預見，若是試圖使用同一套語言系統對這兩個領域進行知識整合，勢必陷入無法滿足一方需求的困境，

此即目前司法精神醫學實務運作上所遭遇之難題。法官據以判斷法律效果所需要的事實基礎（特定因素對特定時間點下的特行爲是否造成具體影響），卻是醫學上根本不會關心（過去特定時點下的精神狀況與對於行爲的影響，對於具體治療或未來病況預測上並無意義），也無力回答的問題。縱使鑑定實務上為了緩和上述情況而訂定出一系列的標準程序，或是嘗試透過建立一「涉案當時」之概念，將鑑定對象延伸至一段時間，觀察受鑑定人漸進式之精神狀態變化，以解決對特定時點的精神狀態判定問題，當走到涵攝這一步—自醫學事實橫渡到法律效果—的時候，不明朗的灰色地帶仍不免浮現。這是醫學知識上的極限，也是法的極限。

正如一個日本的精神科醫生所說，法官與社會大眾似乎是希望，只要透過專業精神科醫生，就可以了解一個精神病患所有的思想，好像精神科醫生能夠對病人施展什麼神奇魔法，或是像個偵探一樣，只要問幾個問題、進行一些所謂的心理上分析，就可以透視病患的內心，並且精確地將這個人『歸檔』到某種異常類型之中。然而，這顯然是不切實際的想法。在大多數時候，醫生對於病人真正的所思所感，以及其行爲動機，亦如一般大眾那樣一無所悉，我們也並不需要知道。因為在醫治這名病人的時候，上述訊息並不是絕對必要的。基於「治療的介入」以外目的而進行的司法精神鑑定活動，並不是精神科醫師的本來任務¹¹³。是以，法官若是在主觀態度上，希望把最終判斷結果與義務轉嫁由專業鑑定人來承擔，無疑是一種不負責任的做法，在現實中亦屬緣木求魚；而立法者也似乎是為了避免此種情形，故採用所謂的「混合模式」，要求法官必須本於其法律專業進行最後的規範上評價。但是，由於本質目的上的差異，「在醫學認定的事實基礎上獨立進行法律適用」一事，往往會演變為「直接將事實基礎（或者是鑑定人提出之參考意見）套用為法律效果」，或是「忽視特定事實基礎直接進行法律上判斷」。

質言之，備受學說肯定的生理—心理混合立法模式，最後依然無法解決專業

¹¹³ 春日武彥，心の間に魔物が棲むか—異常犯罪の解剖学，2009年，頁17-18，35，254。

鑑定人與法官間的答非所問與越俎代庖問題，最後的判斷結果仍舊充滿不確定性。不過，一個很現實的問題是，法律仍然必須在這些不確定之限制範圍內進行解釋適用。在法庭上，基於此一不確定之前提背景下進行選擇的主體，最終仍然是適用法律之人。亦即，刑法中所稱之精神障礙者，並非由醫生，而是由法官所挑選出來的。

第三項 乘機性交猥褻罪中的精神障礙與心智缺陷

第一款 解釋核心：對於性之侵害抗拒能力之喪失

按照條文文字，我國刑法第二百二十五條乘機性交猥褻罪與同法第二百二十一條強制性交罪、第二百二十四條強制猥褻罪之區別，其中一個重點在於行為人於行為時是否實施強制手段：在後者的情形，強制手段乃是不法構成要件所要求的一部分，反之在前者，行為人不須使用任何強制方法，即可對被害人遂行性交或猥褻行為。此種規範上的分殊設計，係透過對於行為客體的區分—即被害人的狀態—來加以達成。換言之，本條乃是針對一群具有特殊性質的被害人而設，此一特殊性質連帶導致行為人在實現不法構成要件時所採具體行為方式的差異。

就刑法所關注之點言，本條在構成要件解釋上既是強調行為人（1）欠缺強制手段的實施，（2）行為人對被害人反抗知能喪失的情形加以利用。據此，此處的規範重心應是在後者，即「不能或不知抗拒」的狀態，蓋縱使被害人客觀上飲酒至醉、存在醫學上認定的精神疾患，若非上述因素導致抗拒知能喪失的結果，則此一單純的生理或心理狀態並不具有系爭規範所要求的評價上意義。從而，對於構成要件中「精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類情形」之解釋，最後仍必須回扣到「不知或不能抗拒」的具體表現上。反之，在被害人雖存在特殊之生理、心理因素，但在具體個案中仍保有抗拒能力者，即不屬本規範涵攝之範圍。乘機

性交猥褻罪之構成要件對於被害人究竟有何要求？以下即由德國法與我國法之規定，探討本罪中所稱之精神障礙概念。

第二款 德國法上的解釋

德國刑法第一百七十九條所規範之被害客體，其關鍵前提要件為「抗拒能力的欠缺」（Widerstansunfähigkeit），不問被害人年齡、性別若何，只要其客觀上欠缺此一能力，即可該當本罪客體¹¹⁴。然而，關於何謂抗拒能力欠缺，德國在經過第三十三次刑法修正法案與第六次刑法改革法案後仍不明確，而隨後的二〇〇三年性犯罪修正法案（SexualdelÄndG）亦未對此一不明確法律概念有所改變¹¹⁵。總的來說，本罪所欲保護之被害人，乃是由於生理或心理上障礙或缺陷，而對於行為人所意欲從事之性要求，無法形成、表達或實現一足夠的反抗意思者¹¹⁶。

就被害人抗拒能力喪失之原因，德國刑法第一百七十九條分數項加以列舉規定。第一項要求被害客體必須處於一種心理上抗拒不能的狀態中（Psychische Widerstansunfähigkeit）。導致上述狀態的原因可能來自於生理或心理、精神上因素，惟並非所有源自精神上的障礙均屬之，而是限於第一項第一點所列舉之原因所導致者¹¹⁷。條文列舉了以下類型¹¹⁸：

1. 心智上疾病或缺陷（geistige Krankheit oder Behinderung）

較典型者例如智能不足（Intelligenzdefizite），又可區分為輕重不同的程度。稱為疾病（geistige Krankheit）者，所描述的是一暫時性、具有治療可能性的狀態，而所謂不可回復之精神缺陷（irreversible geistige Behinderung）所指涉的則是一長

¹¹⁴ NK. StGB, *Monika. Frommel*, §179, Rn. 20.

¹¹⁵ *Fischer*, §179, Rn 1, 8.

¹¹⁶ a. a. O.

¹¹⁷ *Gössel*, S. 65.

¹¹⁸ *Renzikowski*, Rn 20ff.

期狀態（一般定義為超過六個月），或由是而生的損害結果¹¹⁹。不過，其具體標準仍舊浮動。若是智能不足係來自於腦部組織上的生理上原因，則屬於下述病理性精神障礙之範疇。

按，在德國第六次刑法修正法案以前的條文，「智能低下」（Schwachsinn）乃是本條第一項所列舉導致不知/不能抗拒的原因之一，與第二十條關於導致責任能力欠缺之用語一致。然而修法之後，第一百七十九條條文中已不再採用此一概念¹²⁰，蓋所謂的「智能低下」（或弱智）在今日已經是對於一種特定精神障礙（geistige Behinderung）類型的過時說法¹²¹，而這也顯示本條在概念上擺脫了第二十條責任能力規定所主導的生物性因素，彰顯出身心障礙者權利上的意義¹²²。

2. 精神障礙

廣義的精神障礙包括了病理上精神障礙（seelische Krankheiten）¹²³與病理原因之外的深度意識障礙（tiefgreigende Bewusseinsstörung，見下述），而前者係指具有精神醫學上診斷意義的精神疾病，德國精神病理學上一般以其是否具有生理組織上的症狀，將其區分為內因性精神病（Endogene Psychosen）與外因性精神病（Exogene Psychosen）兩種¹²⁴。至於欠缺經證實或符合要求之生理組織上原因的輕度精神錯亂或精神疾病、精神官能症與人格違常患者，則只有在其人格狀態受到妨礙之程度已經達到與真正的病理性精神疾患者相當時，方得被認定為此處的精神障礙。成癮性疾病（Suchtkrankheit）係指對於酒精、毒品或藥物的身體上依

¹¹⁹ “Behinderung” 是德國社會法（SGB）上的用語。2001年7月1日生效的 SGBIX第二條第二句規定，所謂 Behinderung 係指一個人身體上機能、心智上能力或精神上健康狀態有極大可能性超過六個月自相應於其年齡之典型狀態中偏離，並且對於其參與社會生活造成妨礙。Vgl. *Jan Castendiek, Günther Hoffmann, Das Recht der behinderten Menschen*, 3. Aufl. S. 27.

¹²⁰ 相對與此，第二十條仍然保留 Schwachsinn 之概念。不過，第二十條解釋上的重點亦不僅僅在智能不足的生理客觀狀態，而是在此一狀態是否導致行為人辨識能力與控制能力的欠缺或減低。

¹²¹ *Gössel*, S. 68.

¹²² *Lackner/Kühl*, Rn 4.

¹²³ 德國刑法第二十條使用的是 *Krankhafte Seelische Störung* 之用語。

¹²⁴ 張麗卿，前揭書，頁 294。

賴狀態，倘若上開情形已對患者之腦組織造成損害，則落入外因性精神障礙的範圍，如酒精中毒（Intoxikations-Psychosen）。

2. 身體障礙（körperliche Behinderung）

身體障礙規範於德國刑法第一百七十九條第二項，指的是被害人對於系爭性接觸之發生，尚具有表達拒絕意思的能力，然而由於其身體上殘疾（如半身不遂）或是其他外在影響（例如遭到綑縛或壓制、受到多次施暴後精疲力竭），而無法表達、實現其抗拒行爲¹²⁵。

3. 深度意識障礙（tiefgreigende Bewusseinsstörung）

深度意識障礙係從德國刑法第二十條所列舉之生物性因素中保留下來的一個獨立性概念，指病理性精神障礙以外，亦即欠缺病理原因之意識障礙類型¹²⁶。由於此處對深度意識障礙之解釋重點在於其在解消被害人反抗可能性上的意義，因此其具體涵攝範圍便產生與第二十條責任能力不全然相同的結果。蓋如欲援引德國刑法第二十條主張責任能力抗辯，其要求行爲人之意識障礙必須達到與病理性精神障礙等質（gleichwertig）之程度，方屬相當¹²⁷。而在第一百七十九條的條文脈中，深度意識障礙之範圍不僅包括嚴重程度相當於精神疾患的意識干擾，尚包括了昏厥、熟睡、嚴重醉態，以及被害人由於過度意外、懼怖或震驚而無法形成或實現其反抗意思的情形。

¹²⁵ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Rn 7. Renzikowski, Rn 31. Lackner/Kühl, Rn 5.

¹²⁶ Lackner/Kühl, Rn 4.

¹²⁷ 另參張麗卿，前揭書，頁 295-296。

第三款 我國法修正後的解釋

第一目 具體案例中的類型化區分

現在我國刑法第二百二十五條所規範之被害客體範圍，依條文規定可分為¹²⁸：精神障礙、身體障礙、心智缺陷及其他相類情形。由上文可知，此一分類大致上是參照德國的立法模式。其中就概念上來看不易區分的精神障礙與心智缺陷，前者應該是對應到德國法條文中的 *seelische Krankheiten*，較強調其病理上原因，以及一種對現實認識角度上的異常，例如重度憂鬱或精神分裂；後者則是對應到德國法條文中的 *geistige Krankheit oder Behinderung*，偏重知能上的缺損，而以智能障礙為典型。身體障礙如肢體殘障，論者有認為在此情形，乃是被害人雖察知危險但無法逃離¹²⁹，這時候行為人乃是違反了被害人直接的反對意思而與其發生性接觸行為，在評價上應與強制性交猥褻罪更為貼近。

「其他相類情形」，如臥病無力、服用酒類、藥品、昏厥、過度疲憊或休克等。此種情形的特徵為，被害人往往是由於一時性的意識或控制能力喪失而落入不知或不能抗拒狀態，換言之被害人在這段時間前後仍然擁有如常的思維與表達能力，對於其在知能喪失時所發生之性接觸行為感到明顯不悅與痛苦，法院亦能輕易地在事後透過被害人事前與事後之情緒表現確認被害人對於系爭性接觸的主觀感受¹³⁰。至於單純之熟睡，雖有學說認為在此情形下若行為人對被害人進行性接觸，被害人必定驚醒抗拒，而不宜解為欠缺抵抗能力，惟實務似仍多以本條處理。其實究其根本，被害人是否因行為人之行為而驚醒、是否導致後階段的抗拒或反過來對性行為加以同意，應該是事實認定的問題，而與此種案件是不是當然不屬於

¹²⁸ 參林東茂，〈乘機性交與詐術性交〉，《月旦法學教室》，60期，頁78。

¹²⁹ 許玉秀，〈妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？〉，《台灣本土法學雜誌》，32期，2003年1月，頁32。

¹³⁰ 至於此種主觀感受究竟是侵害了何種法益，詳見後述。

「不能抗拒」之情形無關。倘若被害人（例如過度勞累）自始至終均未恢復意識，則行為人之行為自屬乘機性交猥褻罪之射程範圍；若被害人驚醒後抗拒，行為人復對被害人施以強暴脅迫而為性交猥褻者，則屬乘機性交猥褻未遂與強制性交猥褻既遂罪之數罪併罰。比較模糊的情況應該是，當被害人在恍惚狀態（也就是「半夢半清醒」）將行為人誤認為自己的伴侶，而對性行為為同意時，該同意是否有效？對此，實務與學說似乎都將其解釋為法益關係錯誤，否認同意之有效性，故仍應對行為人論以乘機性交猥褻罪。

值得注意者為被害人由於第三人之強制行為而陷入不能抗拒狀態的情形，例如 A 女被歹徒捆綁無法動彈，甲正好經過，見此情形乃利用 A 女無法抗拒之際而對 A 女為性交的情形；又如在擁擠的電車上，利用被害人沒有逃跑空間而對被害人為猥褻之行為，此時學說多認為，既然被害人無法抗拒之情形並非由行為人所導致，則此時亦應該當於乘機性交猥褻罪之要件，而以刑法第二百二十五條之規定論處¹³¹。惟亦有主張，刑法第二百二十五條所規範的事實，應限於（由於被害人本身或來自第三人之原因致使）「無從拮取被害人意願之狀態」，如被害人被棒打昏迷；相對於此，關於第二百二十一條強制性交罪實施手段之文字已改為「其他違反意願之方法」，這些方法並不必要是特定強制手段，而只要是「其他任何足以顯示出行為人的性交一事乃在違反被害人意願的情形」即可。據此，縱或被害人遭到身體束縛，只要其仍能透過言語、眼神或其他身體表現顯示出拒絕性行為之意思，行為人對其所為之性接觸即屬於違反其意願，應成立刑法第二百二十一條或第二百二十四條之強制性交猥褻罪，而非第二百二十五條之乘機性交猥褻罪¹³²。不過，按照上述邏輯，乘機性交猥褻罪中的「身體障礙」是否屬於本罪所應規範之範圍，即不無疑問。

¹³¹ 參許玉秀，前揭文，頁 16-17；相關學者見解整理可參李聖傑，前揭文，頁 19；王皇玉，〈引狼入室〉，《月旦法學教室》，87 期，頁 27。

¹³² 盧映潔，〈強制性交與乘機性交罪之區別〉，《月旦法學教室》，20 期，頁 16-17。

對於上述論點，可以由兩個層次進行檢討。第一個明顯的問題應在於：刑法第二百二十一條強制性交罪之要件，是否可以完全放棄對行爲人實施「強制手段」之要求？此即涉及對「其他違反其意願之方法」的理解角度。由於強制性交罪並非本論文所要處理的重心，在此僅作重點式說明。質言之，本文認為，在現實上實在很難想像一個狀況，係客觀上對於被害人自始不會採用任何強制手段，卻能夠違反被害人意思而成功遂行性交猥褻的情形。毋寧應該說，無論行爲人採取何種方法，只要系爭方式「可以達到違反被害人意思而令行爲人得遂行性接觸結果」，則系爭方法就是一種「強制手段」。而第二個層次，則是關於行爲人是否須要親自對被害人實施強制行爲？本文以為，這種強制手段的實施方式，無論是否由行爲人親自爲之，均非所問。換句話說，行爲人除了親自對被害人實施強制外，亦可透過既存的強制結果實現不法構成要件¹³³。因此，上面所討論到被害人因第三人所爲之強制陷入不能抗拒狀態，行爲人在主觀上了解此一事實後，利用既成的強制狀態與被害人發生性行爲的情形，應該適用第二百二十一條強制性交罪，但究其理由，並非行爲人使用「欠缺強制力之方式違反被害人意願」，而應該是行爲人依然係透過一種類似於強暴脅迫催眠術的強制方法，壓制了被害人當下的性自主意識。從這個角度來看，被害人因單純「身體障礙」致無法實現其當下反抗意思，似乎確實應該改置於第二百二十一條之要件中。只不過由於我國刑法並未區分強制性交猥褻罪與乘機性交猥褻罪之法定刑，導致上述區分喪失了實踐上的意義。

此外，關於在電車上、賣場中對被害人上下其手的案件，依據上述論點，亦可就下列情形爲不同的法規適用：被害人如係由於車內擁擠，明知行爲人對其爲猥褻行爲卻難以閃避（即所謂察知危險無法逃離），則行爲人所爲者應類似利用現

¹³³ 關於「違反其意願之方法」此一要件之相關解釋與批評，參盧映潔，〈「猥褻」二部曲：論公然猥褻罪——兼評台灣高等法院 86 年上易字第 119 號判決、台東地院 87 年易字第 536 號判決、板橋地院 88 年度訴字第 1556 號判決、宜蘭地院 88 年度訴字第 290 號判決〉，《月旦法學雜誌》，102 期，2003 年 11 月，頁 244；李聖傑，〈妨害性自主：第三講—類型闡述〉，《月旦法學教室》，23 期，頁 103-104。黃榮堅，〈刑法增修概說〉，《台灣本土法學雜誌》，2 期，1999 年 6 月，頁 208。

實上強制之狀態對被害人為猥褻行為，較貼近強制猥褻之構成要件；而被害人如係由於人潮眾多而「未發現」行為人對其為猥褻行為，像是在大賣場搶購內衣，行為人趁被害人未發覺時撫摸其胸部之情形¹³⁴，則屬於乘機猥褻罪的範圍。只是，這種類型的案件尚可能與性騷擾防治法第二十五條「乘人不及抗拒」之要件產生重疊¹³⁵。當然，若是硬要區分出此一特別法與刑法不同的涵攝範圍，我們是可以說：(先排除身體障礙與第三人強制之情形)刑法第二百二十五條規範者係「不知」，而性騷擾防治法所規範者係「不及」，在前者，被害人自始至終均未有抗拒意識之形成，而後者之被害人則是在行為人行為瞬間、或行為後立即察知；就行為歷程而言，前者可能較長，而後者的侵害行為則往往是一瞬間的事。

第二目 規範形式上的共通保護標的：性自主決定權

然而，一個值得思考的問題是：這些由外在條件進行的犯罪類型區分，在法益保護的思考上，到底具有什麼意義？所謂「不知抗拒」與「不及抗拒」，所指涉者皆是被害人在「行為時」欠缺一個已經生成的具體抗拒意識，至於被害人在行為後是否立即生發一種不悅感，自同時性原則來看似乎已無關緊要。若由學說上提出的「當然侵害」與「擬制侵害」角度觀之，這兩種犯罪態樣應該都屬於擬制侵害之範疇。基於罪責原則的思考，若是分別對其適用乘機猥褻罪與性騷擾罪之不同法定刑，似乎有違衡平。另一方面，自法規範條文觀察，我國雖然不像日本刑法，將行為人令被害人陷入不知或不能抗拒的案件納入乘機性交猥褻罪中，而是如德國刑法強調被害人本身必須具備不知或不能抗拒的原因，但是在法定刑上卻又不將本條與強制性交猥褻罪做區分，顯示立法者有意要對這兩種犯罪態樣做相同的法評價。那麼，欲使此二項規範具有正當性，讓此二種犯罪類型等價的理

¹³⁴ 參臺灣彰化地方法院 96 年訴字第 25 號判決。

¹³⁵ 性騷擾防治法第二十五條：「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。前項之罪，須告訴乃論。」

由，只可能是在法益保護上對此二種犯罪類型具有等值的判斷。但是，何以在被害人欠缺自主意識的時候，法律仍然認為需要透過一種擬制性自主侵害的方式，限制在此種情形下發生的性接觸行為？顯然，所謂「性自主決定權」在這裡呈現的具體內容，尚需要進一步加以說明（詳見後述）。

第四款 實務判決對於本條所稱之精神、身體障礙者同意能力之認定情形

第一目 一時性的抗拒知能喪失

通常，在被害人係身體障礙之情形，判斷上較無問題，蓋被害人就系爭性行為之發生顯然具有法律所認可的同意能力。觀察近年來最高法院適用刑法第二百二十五條之相關判決，可以發現主要的案型集中於兩種情形：第一種是被害人並無精神障礙或心智缺陷，僅僅由於一時性喪失意識而導致抗拒知能欠缺，最典型的就是飲酒至醉或服用藥物的情形，此時「被害人雖非精神、身體障礙、心智缺陷，但受性交時，因昏暈、酣眠、泥醉等相類似之情形，致無同意性交之理解，或無抗拒性交之能力……至被害人之所以有此情狀，縱因自己之行為所致，仍不能解免乘機對其性交者之刑責，倘行為人係利用被害人因昏暈、酣眠、泥醉之際，對被害人為性交之行為，自應論以刑法第 225 條第 1 項之乘機性交罪。」¹³⁶

¹³⁶ 可參最高法院九十六年台上字第4376號判決。另參九十八年台上字第5029號、九十八年台上字第7589號、九十九年台上字第1155號、九九年台上字第1239號、九九年台上字第2543號、九九年台上字第2520號、九九年台上字第2836號、九九年台上字第4295號、九九年台上字第5304號、九九年台上字第5411號、九九年台上字第5756號、九九年台上字第7375號、一〇〇年台上字第397號、一〇〇年台上字第700號、一〇〇年台上字第1588號、一〇〇年台上字第3467號、一〇〇年台上字第3639號、一〇〇年台上字第3760號、一〇〇年台上字第4766號、一〇〇年台上字第6317號等判決。

第二目 因精神或心智缺陷導致永久或長期性抗拒知能喪失

除了由於酒類、麻醉藥品或其他相類情形暫時性陷入不知或不能抗拒的情形之外，另一種則是本文討論的重點，即被害人由於精神或心智缺陷，導致其對於性之理解能力喪失，此時縱或被害人並未處於完全不具意識狀態，而對於系爭性行爲存在有一個外觀上的同意，法院仍然必須判斷被害人自身之障礙是否解消了他對於其性生活自主決定的能力¹³⁷。我國實務對於刑法第二百二十五條之被害人要件，大抵認為：「本條被害人狀態之認定，不以被害人是否領有身心障礙手冊為判斷之依據，而係以被害人身、心之客觀狀態作為認定之標準，以與保護被害人之意旨相呼應。」¹³⁸然而，究竟此處所謂的「客觀狀態」是指什麼？舉幾個最高法院的判決為例：

最高法院一〇〇年度台上字第三二六七號判決：「所謂身心障礙者，依身心障礙者保護法第三條（已更名為身心障礙者權益保護法，修正第五條等部分條文尚未施行）之規定，係指個人因生理或心理因素致其參與社會及從事生產活動功能受到限制或無法發揮，經鑑定符合中央衛生主管機關所定等級之視覺障礙、聽覺機能障礙、平衡機能障礙、聲音機能或語言機能障礙、肢體障礙、智能障礙、重要器官失去功能、顏面損傷、植物人、失智症、自閉症、慢性精神病患、多重障礙、頑性（難治型）癲癇症、因罕見疾病而致身心功能障礙，或其他經中央衛生主管機關認定之障礙，並領有身心障礙手冊者為範圍。而有關身心障礙者之鑑定，依身心障礙者保護法第十條第二項授權制定之身心障礙者鑑定作業辦法，對於相關鑑定流程、鑑定醫療機構之適格、鑑定醫師應負義務、鑑定結果之爭議與複檢等項，均有詳細規定，從而性侵害犯罪之被害人如已領有身心障礙手冊，則其有關身體或精神方面障礙之鑑定結果，在別無反證之情形，自應認已該當於上開法

¹³⁷ Renzikowski, Rn 25.

¹³⁸ 參民國九十四年二月二日第二百二十五條立法理由。

條所定『精神、身體障礙或其他心智缺陷』之加重條件。本件被害人A女（成年人，姓名及年齡詳卷）既經相關醫療專業人士鑑定並經主管機關核定，領有中度智能障礙身心障礙手冊，上訴人復供認A女看起來『阿達、阿達』，頭腦不好、動作很慢等語，原判決憑以認其係屬心智缺陷之人，並無違誤。」

最高法院一〇〇年度台上字第一五二五號判決：「A女於八十二年間，即經鑑定為智能障礙之人，有中華民國身心障礙手冊影本在卷可稽。檢察官於偵查中再囑託台中榮民醫院對A女為精神鑑定結果，A女從小因智能不足，領有智能障礙之身心障礙手冊，原為『重度』障礙，至九十八年十月二十九日經清海醫院重新鑑定，更改為『中度』障礙。其整體心智能力，約略相當於國小一、二年級之程度，雖然可以表達『自己與對方發生親吻、擁抱、性關係，當時相當喜歡這樣的感覺，也有意願跟對方結婚』，但是受到『中度智能不足』影響，整體心智能力不足，對於『性交行為』並沒有足夠理解能力與判斷能力，所以A女『沒有同意性交的能力』，有該醫院之精神鑑定報告書附卷可憑。況A女於審判中，經檢察官、辯護人行交互詰問，依其陳述之內容，亦顯示其理解能力、表達能力均明顯異於常人。足徵A女係中度智能不足之人，而有心智缺陷情形。」

最高法院九十九年度台上字第三〇五七號判決：「第一審法院囑託該醫院於九十七年一月二日採「診斷性會談，輔以過去病歷紀錄佐證及相關心智測驗報告」之方式為鑑定，認為A女理解能力嚴重受限，主要功能障礙在於認知方面，為一中度智能障礙患者，且心智功能似有持續退化情形，依其目前心智及認知功能，顯然無法保護自己免於各種侵犯及傷害，旁人與之稍微交談兩句，應能立即察覺其精神及智能之異樣與不足，並能察覺A女因心智低下，故旁人可輕易剝削或傷害其應有權益等情。A女於九十六年八月二十五日經檢察官初次偵訊時，係由輔導老師在旁協助，其應答內容大多以『點頭、搖頭』方式回答問題，無法完整、清楚地自行陳述其被害經過，僅能經由簡要提問之方式，在輔導老師協助下，以

簡短、淺顯之用詞或點頭、搖頭之方式應答，與一般人相較，確實有語言及理解、認知能力之明顯缺陷。」

最高法院九十九年度台上字第一五五號判決：「A女領有重度多障身心障礙之殘障手冊，其精神狀態經第一審囑託行政院衛生署苗栗醫院對A女鑑定結果，係認『A女智能狀態等同一般六歲到九歲的兒童的智能狀態，再加上A女其他認知、性格缺陷等因素，A女於起訴書所示被性交時，其精神狀態應已達於不能或不知抗拒之程度』……，亦即經上開醫院鑑定結果，A女行為時之精神狀態已達於『不能或不知抗拒』之程度。則上開醫院既非僅憑A女領有殘障手冊，即為A女行為時精神狀態之研判，其鑑定意見何以不能據為不利被告之論斷？原判決並未說明論述，同有理由未備之違誤。」

由上述判決內容可知，雖然立法理由中認為對於乘機性交猥褻罪之被害人資格，不應以其是否領有身心障礙手冊作為當然標準，但是在具體個案中，被害人領有身心障礙手冊之事實仍為實務據以認定其精神狀態的重要參考依據。此外，目前實務上所處理之案件，絕大多數被害人都是屬於智能不足的族群，蓋此類被害人方有較大的可能被認定為欠缺刑法上對性行為之同意能力。是以刑法乘機性交猥褻罪中所規範之精神障礙、心智缺陷對象，也就因此集中在前述 ICD-10 分類中智能不足（Mental retardation）的精神障礙者。這種以智能不足者為中心的精神障礙被害人分布情形，和刑法責任能力規範下，以加害人身分主張責任能力有欠缺之精神障礙者類型有相當大的差異，後者主要集中於 ICD-10 分類裡的神經症、應力相關疾患與身體化疾患（Neurotic, stress-related and somatoform disorders）¹³⁹。

¹³⁹ 早稻田矯正保護展 実行委員会、第16回早稻田矯正保護展研究報告書、『精神障害と犯罪』－学生から見た処遇の現状－、2011年12月、p.40。

第四項 智能障礙者：特徵與障礙

所謂智能 (intelligence)，指的是一個人可以做有目的的行動、合理的思考，以及適當而有效的應付環境的綜合性能力。一般而言智能包括判斷力 (judgment)、定向力 (orientation)、記憶力 (memory)、抽象思考力 (abstract thinking) 及計算力 (calculation)，合稱 JOMAC¹⁴⁰。

所謂的智能障礙，指的是當個人在其智能發展過程中，由於遺傳因素或環境影響而產生障礙；早期對於智能障礙之定期多以智商而定，一般人之平均智商是在 100 上下，通說上稱智商在 70 以下者為智能不足¹⁴¹。美國智能不足學會 (American Association on Mental Retardation, AAMR) 於一九七三年對智能不足所下定義為：「在發展時期，一般智力功能明顯低於常態，且常導致或附帶行為缺損的狀態。」其後在一九九二年，AAMR 下之專門名詞分類委員會 (Terminology and Classification Committee) 重新定義智能不足為：「指個人某些能力的缺陷，呈現一般智能表現顯著低於平均數，同時在下列應用性適應能力領域中存在兩個或兩個以上的缺陷：溝通能力、生活自理、家庭生活、社會技能、社區運用、自我指導、健康與安全、實用性學業、休閒娛樂以及工作。智能不足發生於十八歲之前。」¹⁴²

根據教育部在二〇〇六年所頒布的「身心障礙及資賦優異學生鑑定標準」，智能障礙係指：個人之智能發展較同年齡者明顯遲緩，且在學習及生活適應能力上有嚴重困難者；其鑑定標準如下：1. 心智功能明顯低下或個別智力測驗結果未達平均數負二個標準差。2. 學生在自我照顧、動作、溝通、社會情緒或學科學習等表現上較同齡者有顯著困難情形¹⁴³。另依內政部社會司二〇〇四年行政院衛生署醫

¹⁴⁰ 鍾信心等著，《精神科護理學》，1997 年 8 月，頁 77。另參張麗卿，前揭書，頁 53。

¹⁴¹ 林憲，《臨床精神醫學》，頁 265 以下，引自張麗卿，前揭書，頁 165-166。

¹⁴² 參莊美鈴、林曼蕙，《適應體育導論》，1998 年，第三章 智能障礙類。

¹⁴³ 參林蕙芬，〈智能障礙學生問題行為之調查研究〉，《特殊教育與復健學報》，23 期，2010 年，頁 4-5。

字第 0910014799 號公告，將智能障礙者依其智能障礙程度分為四級：一、極重度：智商未達該智力測驗的平均值以下五個標準差，或成年後心理年齡未滿三歲，無自我照顧能力，亦無自謀生活能力，須賴人長期養護的極重度智能不足者。二、重度：智商界於該智力測驗的平均值以下四個標準差至五個標準差（含）之間，或成年後心理年齡在二歲以上未滿六歲之間，無法獨立自我照顧，亦無自謀生活能力，須賴人長期養護的極重度智能不足者。三、中度：智商界於該智力測驗的平均值以下三個標準差至四個標準差（含）之間，或成年後心理年齡界於六歲至未滿九歲之間，於他人監護指導下僅可自理簡單生活，於他人庇護下可從事非技術性的工作，但無獨立自謀生活能力的中度智能不足者。四、輕度：智商界於該智力測驗的平均值以下二個標準差至三個標準差（含）之間，或成年後心理年齡界於九歲至未滿十二歲之間，在特殊教育下可部份獨立自理生活，及從事半技術或簡單技術性工作的輕度智能不足者。

綜上所述，智能障礙屬於器質性腦病的特徵之一¹⁴⁴，是心智發展上的障礙者（geistige Behinterte），其智商依障度而不同，但大致上未達十二歲孩童的程度，因此在一般人的理解中，成年的智能不足者依然像是「大孩子」，也因此在針對智能不足者所設的相關處遇措施及權利保護上，大多採取類同於對兒童所設之運作方式。

第五項 智能不足者與未成年人作為妨害性自主罪章被害客體上的差異性

在這裡有一個先決問題必須加以釐清。正由於智能不足者在很多方面被類比為兒童，從而當我們要討論刑法妨害性自主罪章對於智能不足者為性行為之相關規範限制時，往往引發如下質疑：何以刑法第二百二十七條對於與幼年人從事性

¹⁴⁴ 鍾信心等，前揭書，頁 77。

行爲者得以立法處罰，但卻不能透過第二百二十五條限制行爲人與智商形同幼年人的智能不足者發生性之行爲？倘若今天要檢討刑法第二百二十五條乘機性交猥褻罪對於智能不足者爲性行爲所加限制之規範正當性，那麼第二百二十七條對於與幼年人爲性交猥褻罪之規範基礎，是否也會隨之動搖？

本文認爲，刑法就與幼年人爲性行爲之禁止，與對智能不足者爲性行爲之禁止，二者在規範基礎上具有根本性的差異。詳言之，刑法與特別法（例如兒童及少年福利法¹⁴⁵、兒童及少年性交易防制條例）所以要對幼年人從事性活動、甚至接觸性資訊加以限制，可由兩個部分加以論述。

第一款 發展中之性圖像

第一部分是關於幼年人自身之發展性。自幼年人自身之心智與認知發展過程來看，雖然自性行爲發生的時點觀之，由於這個小孩子尚未透過教育形成對於性之具體認知，換言之其性圖像尙未成形，故亦有侵害對象（實存性圖像）欠缺的情況，然而，基於社會的一般預想，這個小孩子終有一天會長大，會經由社會與學校之教導學會一般人對性所抱持的認知，此時當其意識到自己的成長歷程中，竟曾經發生過與系爭性圖像相違之性活動行爲時，此一在其成熟階段習得之性圖像即隨之崩毀，而被害人由於性圖像遭受破壞致使其產生自我主體人格受侵害的痛苦感覺亦由是生發。是以，禁止與幼年人任意從事性活動，所要預防者係對「將來可能形成之性圖像」的破壞。

當然，若是單單考慮到性圖像的將來生成可能性，欲以之完全合理化對於幼年人從事性行爲的刑法上規範，論述基礎未免薄弱；蓋以一項在行爲當下尙不存在的認知內容作爲保護法益，不僅在保護密度上容易引起範圍過廣的質疑，在行爲與侵害結果的因果關係上也需要進一步予以證明，就好比說假如有一個醫生將

¹⁴⁵ 如該法第四十三至第四十九條。

一個健康婦女的子宮摘除，刑法除了以傷害罪相繩外，似乎亦無理由謂其對該婦女將來可能擁有的胎兒構成墮胎罪或殺人罪。

對此，首先要提出的一點是，幼年人關於性知識的習得，在當前的社會脈絡下，可以說是一種幾近確定會發生的歷程。除了家庭與校園的教育，透過同儕相處，以及書籍、影視、網路等傳媒，幼年人可以說終究會接觸並且獲取到當前社會上對於性之各種認知，同時也有極大機率會接收到一套關於「理想性行爲」所應具備之各項條件的價值觀(關於此一理想性圖像之內涵與生成原因，詳見後述)。透過統計上的數字與一般社會之經驗法則，對於一個幼年人將來形成的性圖像面貌，實有其一定程度的可預測性。

其次，縱謂價值觀的形成與固定仍然存在個人差異，並非每個幼年人於成長後都會認為幼時之性行爲與後續形成之性圖像內容有所扞格（例如報章雜誌上常大肆報導所謂「價值觀扭曲偏差」的青少年，對於在學生時期即與他人發生性關係，或與多人濫交等行爲，就當事人來說，其於未成年時發生的性行爲本身與其後來的性圖像間亦無背反，故亦不會令其感到性圖像後面主體人格受到傷害的痛苦），然而，很明顯地，刑法規範在此透露出來的訊息是：人們希望並且致力於為幼年人建立起一套特定的性認知（特定性圖像面貌），將之設定為國家性教育的重要方向，是以刑法第二百二十七條以及特別法中之規定，亦同時在呼應國家對於幼年人教授性知識時所預想的整體政策目標。

第二款 幼年人在社會結構下的位置

此外，幼年人與所謂成年智能不足族群間的差異，尚表現在幼年人未來在社會集體生活與經濟生產鏈中的可發展性上。社會上普遍認定「孩子是國家未來的棟樑」，並且盡力捍衛幼年人在身心發展上的「純潔性」，這件事的意義可作如下分析：(一) 幼年人不僅接收來自上一代的價值體系，也在此一價值體系內化為其

人格內存之後，引領次一世代的社會主流價值；是以，若是社會想要維持一套特定的主流價值（在此處體現為特定的性圖像樣貌），就必須確保大多數的幼年人均能順利繼承此一價值認知，進而將規範保護網延伸至其即將形成的既定價值內容上。（二）在現今資本主義式經濟運作中，身心單純、性活動降至最低的幼年人，乃是對於未來生產勞動力品質的重要擔保。在此，一種醫學知識論述與一種社會倫理論述以相輔相成之姿被提出來：就幼年人本身而言，過早從事性行爲可能造成各種「生理上危害」——實則這種說法過於模糊，蓋仔細去探究醫學專業上所稱過早發生性行爲所易招致之危險，會發現其多集中在強調由於未成年人免疫功能較薄弱，受人類乳突病毒之感染機率較高，是以若從事危險性行爲或擁有過多性伴侶，受感染而引致子宮頸癌之可能性亦提高¹⁴⁶；另亦有提及，少女多次避孕及人工流產易導致不孕症¹⁴⁷，並且少女由於墮胎、生育風險與併發症所致之死亡率遠高於成年婦女；諸如此類原因，倘若分析起來，即可知所謂過早性行爲之風險，往往是與頻繁性活動、多數性伴侶、性行爲後所伴隨的感染或妊娠、中止妊娠等因素結合在一起進行論證所得的結果，而非僅為單純的「提早發生性行爲」一事，換句話說，立法規範的實質原因在於異常化性行爲的禁止。透過上述將一系列「異常性行爲」病理化的醫學知識累積過程，幼年人的性被描述為對其本身具備高度傷害性的行爲，藉由刑事法對幼年人抗拒意識的擬制，達到保全幼年人身體的目的。

何以國家如此重視幼年人的身體？因為幼年人長成後將以勞動力的身分投入生產，創造經濟價值，成為整體社會的資本，是以良好的身心狀態自然是優秀勞動力的決定性要件。另一方面，少女的子宮，乃是孕育將來新一代勞動力的重要殿堂，而由此一子宮產出的新生兒更會連接到將來的資本鏈環節中。在此一新生

¹⁴⁶ 參何志明，《子宮頸癌之預防—認識子宮頸癌疫苗》，聲洋防癌之聲，117期，2007年，頁16。另參陳昭誠，《漫談子宮頸癌與性》，聲洋防癌之聲，95期，2001年，頁27。

¹⁴⁷ 參李德芬、周才忠、林美珍、陳嘉鳳，〈青少女懷孕對其生理、心理社會之衝擊〉，《台灣性學學刊》，10卷，2期，2004，頁98。

兒的養育上，同樣也有保持其身心純潔之需求，一般認為以一夫一妻之婚姻關係為基礎組成的家庭最適宜作為撫養場所¹⁴⁸。反之，欠缺此種基礎的撫養環境則應盡量避免。對於國家與社會全體成員來說，對幼年人傾注大量資源（教育、醫療以及其他福利措施），自是著眼於未來在經濟效益上的回收。從而，對於可能導致子宮受損以及可能產生有瑕疵之新生兒的性活動樣態自然必須力求根除。在此情況下，即使由於幼年人主觀上接受性行為的發生，無從以傷害等罪名處罰系爭性行為，立法者卻仍然想盡辦法，以性自主維護為名，試圖阻絕幼年人的性接觸管道。

第三款 以個人法益保護作為區分標準

本文認為，回歸到妨害性自主罪章（至少在規範體系與明示之立法理由中）最根本的保護法益內涵，係關於個人對於性活動的自主安排與選擇（進一步論述，詳見第四章），那麼在此前提下，國家為了將來、甚至是次一世代優秀勞動資本的確保，而以刑法禁止與幼年人發生性之行為，縱使確為刑法第二百二十七條之實質立法原因，仍不足以正當化此一定位為個人專屬法益保障規範之刑罰基礎。亦即，若要緊扣本罪章保護個人性圖像的立法本旨，那麼至少必須把對幼年人將來相當有可能形成、並且國家與社會亦認為有義務令其形成之性圖像面貌當作是最主要的保護法益來處理。

在上述理解下，智能不足者與幼年人作為妨害性自主罪章中被害人的定位差異即顯現出來。從個人法益的保護觀點來看，智能不足者在心智以及個人性圖像完整塑成上是停滯的。這種說法或許令人難以接受，甚至易被指為隱含歧視智能障礙者的意味。然而，在這裡必須要留意的一點是，經過教育所形塑出來所謂正常人的性認知，或是所謂社會上被普遍認可的性圖像內容，原本就不是一個理所

¹⁴⁸ 這樣的家庭較能提供幼兒完善的照顧與情感滿足，而一夫一妻制則是作為確保父母（重點是父親）願意提供此種照顧的制度，也就是血統的保證。對此部分的論述參李茂生，論性道德的刑法規制，台灣法學會 2002 年年度法學會議論文，頁 3-4。

當然、甚至絕對正確的概念。今天人們認為某種性實踐模式理想而美好，有其背後來自歷史及整體社群結構的原因。質言之，我們自認為正確的理想性模式，只是當代存在於社會多數構成員主觀中的實然，而非代表著進步或高度道德化的應然。

是以，在這裡所說的性認知發展停滯，指的是智能不足者無法完整接收並內化這樣一套與其他社會成員共享的性圖像內容（蓋透過特殊教育，雖然也能在某程度上使智能不足族群學習到其自身與異性性器官、性交與懷孕等知識，但是對於性活動所引發之負面情感上反應——最典型的即是所謂性羞恥感¹⁴⁹，仍然是薄弱的，這一點在中重度智能障礙者身上尤其明顯），但是並不當然會得出這種無法理解正常性圖像一事本身係一種難以忍受或當然負面的結果。說得明白一點，停滯就停滯，這就當事人的主觀情感依歸上而言，不一定就是不好的。

另一方面，若就法益保護的本質上觀之，也一樣會導出這樣的區分。如上所述，刑法之所以能立法禁止與幼年人的性交行為，其正當性來自於幼年人於未來即將產生一幅內容可得預知的性圖像內涵，而根據此一性圖像內涵，幾可確定會讓這個幼年人在未來感到痛苦，這個使人感覺痛苦的事實狀態得以對應到利益侵害結果¹⁵⁰，由是建立起法益保護的基礎。反之，在智能不足者身上，既然他的心智狀態與幼年人相較，並不會有顯著的成長，其主觀之性圖像亦不會隨著時間有所更動，那麼也就無從用未來可得預知的痛苦來解釋與智能不足者發生性行為所造成法益侵害在哪裡。

退一步言，就所謂社會勞動需求的觀點來看，智能不足者與幼年人在資本經濟市場中所佔角色亦有不同，說得直白一些，國家既不需要訓練智能障礙者的身體投入生產，也不期待智能障礙者的子宮養育優秀的新一代生產力，從而自確保

¹⁴⁹ 關於此一概念之內容可參張必昇，前揭文，頁126以下。

¹⁵⁰ 黃榮堅，前揭書，2012年3月，頁583。

智能障礙者本人身體與下一代產出的觀點來限制其自由發生性行為，也就沒有積極經濟利益上的重要性。至於所謂消極經濟利益，也就是對現存身體上疾患與具有缺陷之下一代所付出的社會成本問題，則是另一個層次要討論的。總結來說，幼年人與智能不足者在法益保護的定位上，有著根本性的差異，從而刑法第二百二十五條乘機性交猥褻罪之規定與第二百二十七條與幼年人為性交猥褻罪之規定，也不能放在同一基準點上比較其正當性存否。



第四章 再探乘機性交猥褻罪之保護法益

如上一章所述，我國現行妨害性自主罪章係參考德國六〇年代以降的修法趨勢，即將性犯罪自傳統的悖德、倫理犯罪中移出，轉而將規範的核心放在「性自主決定自由」(die Freiheit der sexualen Selbstzustimmung) 之保障上。無論是德國法或我國法，對於妨害性自主罪章中所指不法行為的關切重點，均在於行為人利用特定手段，對被害人性自主決定自由所進行的壓抑或干擾。反之，若能確定「被害人」——即性行為相對人，對於發生性行為這件事擁有選擇之自由，而其係基於自主利益（無論是愛情、金錢或只是單純的生理快感）同意了系爭性行為的實施，即難謂行為人對其性自主決定之法益構成侵害。這種自由—同意—法益保障的思考模式不僅僅出現在本罪章，亦是貫串現代法體制的核心¹⁵¹。

然則，在乘機性交猥褻罪的案件事實裡，我們發現了一種被害人意思不明的情形。換句話說，「自由決定」的可能性、真實性乃至「正確性」受到了質疑；於是法律透過不法構成要件為被害人「創設」了一個「擬制的/真正的」決定，並且依據此一新的決定內容建立起對於系爭行為的可罰性基礎。究竟此一擬制法效果的正當性從何而來？刑法設立此一構成要件是為了保護什麼樣的利益？

在本章中，我們先要針對「妨害性自主罪章之保護法益乃是源自廣義意思形成與意思決定自由的性自主決定自由」這個說法進行檢討，釐清傳統自由法益犯罪類型與妨害性自主規定的涵攝範圍關係。進一步，我們要發掘在這「性之行為自由」背後嵌入的主體性論述與性意識關聯。此種意識與個人人格間的接點又是如何被建立起來的？這又是另一個層次的問題了。到最後，我們甚至發現，在理論上已經隨著「性解放」與新法修正被逐步揚棄的「悖德犯罪觀」，似乎仍無法由人們的腦中消散。據此，本文將自以下的討論中一步一步探索乘機性交猥褻罪所

¹⁵¹ 例如在個人資訊的揭露上強調「告知後的同意」，並且亦取消不具有同意能力（精神上「不自由」）之人的同意效果。參李震山，〈基因資訊利用與資訊隱私權之保障〉，《現代法治與行政法學——法治斌教授紀念論文集》，2004年5月，頁103-104。

欲保護的深層價值。

第一節 「個人性自主決定自由」內涵之檢討

第一項 擬制的性自由法益？

如前章所述，無論是在德國、日本或我國刑法學說，似乎都將妨害性自主犯罪定位在個人自由法益的侵犯（個人の自由に対する罪/gegen die Freiheit Einzelnens），如此一來本罪即將被解釋在自由法益的大範圍下。而乘機性交猥褻罪在解釋上可能遭遇的難題即是，一個自始對系爭性行爲即不具有抵抗意識之被害人，究竟有無受到「自由」之侵害？為了釐清這一點，有必要先對刑法上自由法益的保護體系稍作檢視。

第一款 妨害自由罪之保護法益範圍

關於自由法益的保障內容，常大別為意思自由、行動自由與居住領域自由，亦即我國法第三〇四條（強制）、第三〇二條（私行拘禁）及第三〇六條（侵入住居）的規範範圍。其中，與個人身體相關連者係前兩項，一般而言又認為行動自由中亦包含有意思自由之成分，蓋所謂行動自由，確切而言應係「個人得自主改變其地點位置之意思自由」（die Willensfreiheit zur Ortsveränderung），故成立私行拘禁罪者不另論強制罪刑¹⁵²。

而所謂的意思自由，包含了個人意思形成（Willensbildung）與意思實現（Willensbetätigung）之自由，亦即一個人有權利在其主觀世界中產生一個決斷，並且依照其當下腦海裡的這個決斷而行爲，是以強制罪成立之前提，自然是被害人處於一有意識的情形下，形成一個具體意思，行爲人方有對系爭意思加以壓制

¹⁵² 王皇玉，〈拘禁、違法搜索與竊拍？〉，《台灣法學雜誌》，131期，2009年7月，頁132-133。

的可能性。是以，對於無意識之人，自然會因為欠缺被害客體之故而無由成立強制罪¹⁵³。

不過，在私行拘禁罪的情況即出現爭議。由於該罪的不法構成要件自客觀上觀察，乃是表現為對被害人外顯行動舉止的束縛或限制，此時被害人本身的意識存否究竟應不應該列入私行拘禁罪之成立前提？學說上即出現不同觀點，產生對私行拘禁罪保護法益的幾種不同解釋¹⁵⁴：

第一種是現實自由論（Aketualitätstheorie）：即明確將私行拘禁罪定位為強制罪的特殊類型，故若要該當前者之罪，必以該當後者為其前提，既然在強制罪判斷上要求被害人須存在一現實上之具體意思形成，則私行拘禁罪亦無由採取相異解釋，而應以行為人抑制被害人意欲改變其位置之自由為要件。依此一理論，當被害人於行為時無反抗意識時，客觀上即不可能該當本罪之不法，例如將一爛醉昏睡者反鎖在房內，這時頂多構成本罪之未遂犯，惟若行為人在主觀上認知被害人絕無清醒可能，則應認為其不構成犯罪。

第二種為潛在自由論（Potentialitätstheorie）：此說將私行拘禁之保護法益定位為被害人之「潛在行動自由」（potentielle Forbewegungsfreiheit），等於是擴大了對被害人的保護範圍，及於其想要移動其位置之潛在可能性，而不以當下的行動意思為限。在此理論下，縱使是對一個行為時不具意識的被害人，亦有成立私行拘禁罪之可能性。

就上述潛在自由論，為避免刑罰適用之過度擴張，學說有對其提出修正，即所謂實現可能性理論（Akutualisierbarkeitsheorie），亦指對於被害人潛在自由之保護，應以被害人之自由具有實現可能性為限。反之，對於完全不具有自主移動位

¹⁵³ 參陳聰富，〈醫療法第三講—醫療行為與犯罪行為（下）—告知後同意的刑法〉，《月旦法學教室》，70期，頁76。另參臺灣高等法院96年上易字第2020號判決：「被告基於病人到院係為治療身體之目的，對病人實施其認為適當必要之治療行為，除主觀上並無妨害病人自由之犯意外，客觀上因病人當時並無行使權利之意思存在，自無妨害其行使權利之可言。」

¹⁵⁴ 王皇玉，前揭文，132-134。

置可能性之被害人，如嬰兒，客觀上仍無法該當本罪之行為客體。目前德國通說、日本通說與我國的多數說都是採潛在自由論，而認為對於被害人自由之保護應及於其潛在的移動可能性，因此對意識喪失之人如泥醉者、昏迷者為拘禁行為，「如能確實被害人醒來之後，無法加以突破，意即無法依其意思決定而自由行動者」¹⁵⁵，仍可成立私行拘禁罪。

第二款 乘機性交罪中「推測的抗拒意識」？

從上述觀點來看，既然在一般妨害自由犯罪中，被害人之「潛在移動自由意思」可以被納入保護法益範圍之內，那麼對照到乘機性交猥褻罪，若是將性活動定位在一種外在身體移動的方式，那麼即使是一個失去意識的被害人，對於其身體依然保有一個潛在的性活動決定自由，而得以被自由法益之規範內涵所含括。但德國學說上又有補充，在行為時被害人不具意識的情形，其至少要從客觀上觀察到一個「可得推知的抗拒意思」，行為人方有侵害其潛在自由之可能¹⁵⁶。

只不過，對照刑法妨害自由法益罪章之規定，上述觀點即出現矛盾。首先，自整體妨害性自主罪章之條文內容來看，究竟本罪章是一個與性相關的「何種自由」？其係與刑法第三〇四條之規範內涵結合，抑或是與第三〇二條之規範內涵結合？即不甚清楚。如果依德國通說對於妨害性自主罪章之說明，性自主決定自由乃是包含在廣義的意思形成與意思決定自由概念之下，那麼按照學說對於強制罪不法構成要件之解釋，要侵害一個人的意思形成與意思決定自由，必須以被害人當下存在意識、而有進行具體意思選擇為前提，何以在性犯罪案件，即得以為被害人設定一個有著具體內容的「潛在意思」，再透過立法加以保護？

詳言之，如果說在刑法上一般的妨害自由罪章中，被害人「具備意識」乃是

¹⁵⁵ 林山田，《刑法各罪論（上）》，2005年，189。甘添貴，《刑法各論（上）》，2009年6月，頁123。陳子平，〈私行拘禁罪、強制猥褻罪與竊視竊聽竊錄罪〉，《月旦法學教室》，107期，2011年9月，頁97。

¹⁵⁶ Vgl. Gössel, S. 69.

強制罪下法益（即侵害對象）存在的前提（因為刑法所要保障的就是那個意識的具體內容），那在被害人不具有意識時，即便他對於系爭性行爲之發生並未同意，在客觀上也不存在一個可被侵害的法益，是以無從對行爲人論處強制罪刑；那麼對照到乘機性交猥褻罪的討論上，如果說我們把妨害性自主罪章的保護法益定位到「關於性的意思表現與實現自由」，那麼本條的保護法益即可說是刑法三〇四條加上性關聯，成為妨害自由罪章的下位概念，同理，在被害人不具有意識的時候，根本也不會有關於性的意思自由被侵害之可能性。

其次，學說上所謂「推測的抗拒意思」，內容也不清楚。當然在實務操作上，或許是透過這種說法排除一些被害人完全欠缺抗拒意思、或者是可由客觀狀況推知被害人對於系爭性行爲的發生乃樂見其成之案型，如伴侶在發生性行爲前決定要先喝酒或服藥助「性」，其後在一方或雙方意識模糊的情況下發生性行爲。這有點類似於醫療行爲中「可得推知之同意」的概念運用，和此處所謂推測之抗拒意思正好是一體兩面。不過，關於醫療上行爲與強制罪適用之關聯亦有同樣的問題存在¹⁵⁷。另一方面，若將這種解釋方法套用到所有案件，勢必發生無法探知被害人真正意思的情形。顯然，目前乘機性交猥褻罪的適用，於被害人意思內容無可探知時，仍然傾向令行爲人該當於本罪不法構成要件。但是，當要解釋此時究竟侵害了被害人何種自由法益內涵時，卻又說不出來。要解決上述含混不明的狀態，進一步確定乘機性交猥褻罪之規範目的內容，本文試著對妨害自由法益罪章與妨害性自主罪章加以檢討。

第二項 對於自由法益之侵害應以意識存在為前提

刑法所要處罰的是侵害特定法益的行爲，要探討特定刑法條文存立之目的，

¹⁵⁷ 關於患者未同意時進行之醫療行爲、及醫療上行爲與強制罪的深入論述，參王皇玉，〈論醫療行爲與業務上之正當行爲〉，《台大法學論叢》，36卷2期，2007年6月，頁11以下；氏著，〈強制治療與緊急避難——評基隆地方法院九十五年易字第二二三號判決〉，《月旦法學雜誌》，151期，2007年12月，頁257以下。

就不能不研究其保護法益的內容與合理性。在現代民主法治國中，作為刑法核心法益之一的個人自由，其射程範圍究竟及於何處？

自由這個概念，在政治學與公法學上均有廣泛討論，但其著眼者多半為抽象而多樣化的公民基本權利，以及政治、經濟體制上的意義。本文認為，就刑法目的觀之，自由作為法益概念的一環，其主要作用乃是在設定刑罰啟動的條件，並劃分不同刑法條文之邊界¹⁵⁸，使人民就其行為所可能造成利益侵害範圍得有所預見，以貫徹罪刑法定主義原則。因此，刑法上對於自由概念的解釋不宜過廣，且應盡量明確，並須兼顧體系上的一致性。

據此，就刑法妨害自由罪章之解釋，宜將其保護標的限定在有意識下的自由侵害。至於在被害人無意識下對其行動自由加以限制，頂多構成第三〇二條的未遂犯。蓋本章之基本犯罪類型應為三〇四條之強制罪，對自由侵害情節更為重大者方適用第三〇二條私行拘禁罪，此由法定刑度差異觀察即可得知，其次就兩罪的競合關係看來，成立三〇二條之罪者，即不另論第三〇四條之強制罪¹⁵⁹，亦可證明三〇二條私行拘禁罪是以三〇四條意思自由侵害成立為前提的行動自由侵害。由是觀之，倘若通說認為三〇四條強制罪係以被害人具備意識為成立前提，何以在三〇二條適用上得以將保護範圍延伸至被害人不具意識下的「潛在行動自由」？即使在私行拘禁罪中欲創設潛在行動決定可能的概念，這個「潛在行動可能」追根究底也是來自一個具體意思的形成與實現，那麼何以在三〇四條保護個人意思形成與實現的條文中不能如是處理？

此外，一個更為根本的問題是，「自由」最終是一個抽象概念，必須要由其歸屬主體加以具現。對於一個人來說，自由作為利益，它的好處就是帶給個人一種不受拘束、得以安心思考與行動的愉悅感受，此一感受也是一種意識的流動，反

¹⁵⁸ 關於法益概念的機能與其概念流變，參許澤天，〈刑法法益概念的產生與流變〉，《月旦法學雜誌》，197期，2011年10月，頁138以下。惟其亦指出，法益同時具備形式上限制刑罰、實質上建立行為規範並擴張刑罰基礎的功能。

¹⁵⁹ 參29年上字第3757號判例。

之，對自由的侵害即是對上述利益與意識流動的妨礙行為。一個人必須要在有意識的情況下，才能真正享受自由，也才能體會自由被剝奪的痛苦。如果系爭被害人於行為時並無意識，那麼無論是他的意思形成或行動決定都無從被壓制，因為當下那個意識流動根本就不存在。至於謂被害人醒來後無法依其意思而自由行動係對行為人論以妨害行動自由罪之理由，則是混淆既未遂界限的論點。

是以，當我們回到乘機性交猥褻罪的討論脈絡中時，亦可推論出，單純將性自主解釋為廣泛意思形成與意思實現自由之一環，並沒有辦法得出一個具有說服力的刑罰基礎。要探討性自主權利的內涵，必須從傳統的自由法益之外另覓他途。

第三項 以性自主決定作為上位概念的法益保障

第一款 超越傳統自由射程範圍的特殊法益：性自主

由以上論述可知，不管將本罪的保護法益定位在「關於性的意思形成、意思表達與意思實現自由」，抑或是「關於性的舉止行動自由」，只要將本罪置於妨害自由法益之下位概念中，就必須要以被害人具有意識作為成立要件。只要在行為時，被害人未形成具體的意思內容，即欠缺一個可被侵害的法益，從而亦無可該當於刑法上的妨害自由犯罪。

然而，當我們在檢討乘機性交猥褻罪的時候，卻又覺得它有存在的必要性。細想本罪在適用上的具體個案，假如今天有一個人飲酒泥醉，而行為人乘此際與其發生性行為，被害人醒來得知此事之後，並不會因為說行為當時他沒有一個具體的意思形成被壓抑，就解消掉其被害的感覺。事實上是，被害人會覺得不愉快，會覺得自己受到侵犯，其後續的情緒反應，甚至和清醒時關於性之意思自由被壓抑的情況不分軒輊。將這種情形和其他妨害自由法益犯罪做個比較即可知，在妨害性自主罪章所要維護的核心價值裡，當下具體的「個別意思形成」似乎不是重

點。一種獨立於傳統自由法益、不以個人意思形成與意思實現作為唯一目的的其他價值，才是本罪章所要保障的對象。

進一步，由整部刑法體系加以觀察。在與其他個人專屬法益相比較的過程中，我們發現了性自主權利在社會評價上的特殊地位。妨害性自主罪章雖然由昔日的妨害風化罪章中獨立出來，卻也沒有就此併入妨害自由罪章中。亦即，「妨害性自主」作為一種犯罪類型，其相關規範不但沒有遭到妨害自由規範的整併，反而以數倍於自由法益犯罪規範的細緻周密發展起來。而妨害性自主犯罪在社會輿論中受到矚目的程度，也遠遠大過任何自由法益犯罪。有哪一樁單純剝奪他人行動自由的案件，足以引發如白玫瑰運動一般質疑司法的社會力量？又有哪一宗對於單純私行拘禁罪所為之判決，足以和「六歲女童猥亵案」一樣，讓媒體對於大法官提名人選發動前所未有的批駁浪潮？我們不會為犯私行拘禁罪假釋出獄的人戴上電子腳鐐；我們不會聽到一個有私行拘禁前科的人考上大學就悚然而驚；我們更不會認為曾經被人囚禁在山中小屋裡數天，是一件羞於對朋友啓齒的被害遭遇。但是相同情形，若將對象抽換為妨害性自主犯罪，便會產生巨大的社會反應。

第二款 上位而抽象的性自主概念

第一目 性關聯與主體意識之結合

這些現象所透露出來的現實是，以往論者常謂「個人性自主決定自由屬於廣泛意思形成與意思決定自由之一環」，其實正好相反。不是自由概念涵蓋了性自主，而是性自主概念中的一部分（並且也只有其中涉及當下個人主觀意向的部分）以意思自由或行動自由的形式表現於外，行為人透過強制手段的實施，當然會對被害人的意思自由與行動自由造成侵害，然而，妨害性自主罪的核心價值，亦即導致其法定刑遠高於普通妨害自由罪的深層原因，是由於此一犯罪類型中所獨有的、

不同於普通自由意志形成的東西受到了侵害。妨害性自主罪的嚴厲性與敏感性，也是圍繞著此一核心價值而建立。

此一核心價值的內容來自於兩個部分：其一即是本罪作為獨立罪章的根本要因——性關聯。性概念在社會集體意識下的敏感性與重大性，是導致妨害性自主犯罪受到刑法規範高度注目的原因。關於「性」概念在人類社會中的地位轉變，將在下面第三節中深入討論。其二則是關於個人對於其自身的性所抱持的想法，與其背後作為「主體」個人的緊密扣合，亦即，這種個人的主體地位本身，才是法律所要保護的重心。質言之，包括乘機性交猥褻罪在內的妨害性自主罪章，係以較具體個人意思與行動自由來得更廣泛、屬於更上位概念的抽象「性主體意識」作為規範保護之目的。

第二目 法益機能的模糊化

事實上，此一法益保護自具體至抽象的變化趨勢，反映了一項包括德國、日本與我國在內的現代各國刑法之共通問題：法益概念機能的模糊與退化。按，依照罪刑法定的基本原理，法益概念原本是用以劃定犯罪行為界限、限制國家刑罰權發動始點的指標。傳統的法益概念以個人為中心，並且具體勾畫出個人所享有的不同法益類型（生命、身體、自由、財產、名譽等），以特定法益在客觀上可見可感的實害作為犯罪不法構成要件；然而，觀諸近年來各國刑事法改革與特別立法之趨向，可以看到有別於過往刑事政策的顯著改變：除了刑罰益愈嚴厲化（加重結果犯、結合犯的擴張），另一個重要指標就是以超個人法益為保護內容的危險犯立法大幅增加¹⁶⁰。

此種立法固然以經濟犯罪、環境犯罪、網路犯罪與生物科技犯罪為大宗，但是當我們檢視刑法中關於個人法益的條文時，即會發現，就連過去的實害犯，也

¹⁶⁰ 謝煜偉，〈檢視日本刑事立法新動向——現狀及其課題〉，《月旦法學雜誌》，165期，2009年2月，頁167-169。

在漸漸朝向法益的抽象化邁進。亦即，當規範日趨綿密，對於個人生命、身體、自由、財產的保護程度越來越延伸，自具體的點拓展為線與面，傳統的法益解釋範圍逐漸「hold不住」，這個時候即不得不利用保護法益內涵的重行劃定、重行詮釋，維持住罪刑法定原則的大前提，讓系爭刑罰得以「就地正當化」。再說得更詳細一點就是：當立法者發現特定犯罪規範所欲處罰的對象，已經逸脫傳統 A 法益所保護的範圍，亦即在 A 法益類型定義下解釋不通時，就直接將系爭犯罪的保護法益重行定位為 A+，讓這個條文可以繼續存在於罪刑法定主義的正當性框架下。

目前，最常被用以作為法益解釋方向的抽象概念，就是對於既存生活秩序的信賴感。這是個無比便利的概念，蓋似乎所有法益侵害可能性，都能用「造成社會成員信賴之崩解」來解釋。法益內涵固然會隨著時代而變遷，但是當法益概念越來越抽象，法益之間的界限越來越模糊的時候，刑罰系統也將名正言順地越來越膨大，人民對於刑罰的可預見性也將隨之低降。論者即指出，「隨著法益概念的抽象化、集體化，法益『侵害及其危險』的概念也脫離原先以個人法益為核心所賦予的意涵，對虛擬系統之『信賴』既然成為獨立保護法益 (Vertrauensrechtsgut)，其信賴感的減損甚至可被視為是一種虛擬的『實害』，亦即所謂抽象危險的實害化。」¹⁶¹如此一來，實害犯與危險犯之間的界限也日漸消融，過去以客觀實害作為既未遂評價區分的判準也漸次失去效用。當法益自身的輪廓變得越來越不清楚時，這樣的法益概念對於刑罰的限制效果亦不復存在了。

而這種現象，其實也在顯示出當代犯罪文化逐步靠向「風險社會」的現實。自一九七〇年代以來，科學樂觀主義、理性主義在因應社會問題上屢屢受挫，大規模環境破壞、新興疾病出現、資訊爆炸導致傳播過度迅速廣泛，以及政府對於犯罪控制與行為矯治成效不彰，讓整個社會群體陷入一種普遍性的恐慌。隨著上述問題的持續深化，人們開始意識到自己身處不確定的危險下，並且隨即產生了

¹⁶¹ 謝煜偉，前揭文，頁 169。

抑制上述恐懼心理的需求。「就在這種情境下，人們開始尋求新的穩定，其首要當然是確定就在身邊無所不在且會隨機爆發的危險源頭並予以控制。這就是風險社會的誕生，一個著重管理風險、追求新的安定性的社會的誕生。」¹⁶²



¹⁶² 李茂生，〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173 期，2009 年 10 月，頁 148。

第二節 對於性主體意識的絕對保障趨勢

第一項 性主體作為最終保護對象

第一款 「同意」背後的主體意識

對於被害人同意概念之重視可說是近代法律發展的特徵。從上一章所進行的分析裡，我們可以發現，無論是在德國、日本或是我國的乘機性交猥褻罪相關規範中，均是強調一個重點：當行為時欠缺一個對系爭性接觸行為之同意時，行為人所實施者即屬客觀上侵害他人性自主決定權的行為。與這個「同意」緊密相連繫者，即是學說所稱，妨害性自主罪章法益保護的重心：一種對於性接觸行為的**主體意識**。由這個「性主體」經過自我選擇所產生的決定，才是法律所要保障的對象。而這個決定的內容，已經超過了具體行為與意思，而成為一種抽象、普遍的性生活樣貌。被害人針對個別性行為所為之同意，只是將其性主體意識加以具體實踐的形式之一，也就是主體所作成之自我決定的外部呈現。所以說，近現代法律對於同意概念的強調，所反映者其實就是對於主體意識的日益重視。

從自由法益解釋方向之變化，以及個人法益保護上對於被害個體同意的日益重視，即可看出刑法在個人專屬法益的解釋方法上，有越來越偏往抽象而籠統之「個人主體性實現」的傾向。在此一理解之下，刑法上對於被害人同意效力的判斷標準，也就圍繞著背後的同意作成者——主體而展開。在刑法上，並非所有被害人一切情況下所為之同意均能阻卻不法構成要件，而是必須以被害人本身具有「同意能力」作為其同意具有刑法上阻卻不法效力的前提。

那麼何謂有效之同意？從上述法益保護方向來看即呼之欲出：一個具有完整性意識的主體所為之同意，才能夠真正代表系爭主體之自我決定，在法律評價上

也才具有實質意義。——顯然，刑法對於主體性概念本身設下了一些前提要件。在妨害性自主罪章中，要行使基於主體地位而來的同意權利，必須具備對於法益關聯指標要素—「性」—之理解。一個具有「正確而完整性意識」之人，方成為得以被法律賦予性同意能力的主體。是以，當被害人一時或長期失去意識、或是陷於資訊不足所致之理解上錯誤時，法律上即不認為其具有基於自主地位進行決定之主體適格。而當被害人由於先天或後天上的精神、智能障礙，導致其性認知無法與「一般社會價值」下之性認知接軌時，刑法亦不承認其對性所為之決定乃是基於有效的自主性，亦即不認為系爭同意表示係來自於一個具有充分性意識的主體，從而亦不允許系爭同意阻卻行為不法性。

第二款 主體實踐的代言？

然而，對於被害人意思表達效果的否定，並不代表對於被害人主體身分的否定。按照通說說法，正是為了要保護被害人主體地位的完整，方才於此處解消被害人所為同意的效果。為什麼呢？因為根據刑法上的判斷認為同意無效時，表示被害人於行為時乃是處於「無法基於自主而正確實踐其主體性」之狀態，是以，否定其外在同意表示，其實才是肯定其內在主體人格、並代之加以實現的方式。換句話說，就是「法律認定你沒有辦法正確圓滿地行使權利，所以法律為你選擇一個最好的結果，幫你實現你的權利」¹⁶³。因此，被害人無論如何都是性權利的主體，無論在何時都能夠經由自己或刑法來實現主體，作出一個「符合法益保護目的」的決定。

是以，從欠缺同意能力的被害人角度言，刑法上乘機性交猥褻罪之規範試圖要做的事是：透過這種對於擬制性自主意識的建構，達到為這一群所謂弱勢族群

¹⁶³ 打個比喻：父母要求兒子立刻和女友分手，並且為他找了一個「更適合他」的女孩子，理由是說：「我們都是為你好。你現在被愛情沖昏了頭，所以不知道自己在幹什麼。為了怕你將來清醒之後後悔，我們幫你作決定。」

代言的效果，保護其主體性的實踐，當這群被害人之主體性適格在社會通念下可能有遭受質疑之風險時，法律介入「幫助」使其得以顯現基於主體地位所擁有的性拒絕權，從而進一步強化了妨害性自主罪章絕對保障性主體地位的立法趨勢。只不過，這樣的代言果真圓滿地實現了所有被害人的性自主決定權利？其果真立於所有被害人之觀點進行關於性行爲之決定？以及最根本的問題，刑法果真有資格、有必要為其代言？詳見後述。

第三款 禁止客體化原則之揭示

而在乘機性交猥褻罪中，關於行爲人可罰性基礎的另一項重點，則是來自於其「利用」被害人欠缺正確性意識之狀態與其發生性接觸行爲。這種「利用」，承接上述主體性實踐之思考，所指涉的其實就是一種「對他人主體地位不予尊重」之行爲，換句話說就是將被害人當作「洩慾之工具」。而按照學說的觀點，刑法規範之主要目的，即是在確保一個人不會成為他人的洩慾對象，即避免一個人純粹地淪為他人性行爲之客體¹⁶⁴。此種看法反映至不法構成要件的解釋上，可以發現學說不斷強調，本罪並非針對身心障礙者的「禁慾規定」，而是只有在被害人由於其障礙，對於行爲人之要求全面順從不加抗禦，而導致其陷於一個精神健全者在一般狀況下不可能同意的「身分完全貶低」狀態 (völlig entwürdigend) 方屬之¹⁶⁵。從這個角度觀之，即可發現在目前主流學說解釋下，乘機性交猥褻罪存在於妨害性自主罪章中之意義：由性主體意識的強化所衍伸出來，對於「將他人性客體化」行爲之非難。

在前一章第二節第二項第二款所舉的案例中，A 利用智能不足者 B 對他的愛意，令 B 與第三人發生有償之性行爲，並且收下 B 因此所得之金錢利益，Gössel 以為，就此一舉動言，A 已然將 B 與 B 對他的愛意貶低為為其自身經濟利益而存

¹⁶⁴ 李聖傑，〈從性自主權思考刑法的性行爲〉，《中原財經法學》，第 10 期，2003 年 6 月，頁 33。

¹⁶⁵ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Rn 6.

在的工具 (zum Werkzeug degradiert)，也就是將 B 客體化了。據此，A 在這裡的行為構成對 B 性自主決定權之侵犯。但是，關於 A 與 B 之間的性行為則不然，蓋 B 對於 A 的愛意內容應包括了與 A 發生性行為在內，即智能不足者亦可能出於對行為人之愛意而就行為人之要求處於不能抗拒之狀態，利用智能不足者之愛意而與之發生性行為，並非德國刑法第一百七十九條所欲處罰的對象¹⁶⁶。

第二項 人性尊嚴與客體化公式

第一款 個人主體與人性尊嚴之絕對性觀點

主體性的確立與客體化之禁止，在憲法學領域長久以來均是討論重點之一，其背後所欲凸顯者即係近代國家與憲法上再三強調的「人性尊嚴」價值。人性尊嚴 (Menschenwürde, human dignity¹⁶⁷)，此一自德國法傳入我國法的基本權解釋核心，被學者認定為憲法上的「最高價值」(oberster Wert)與「最高憲政原則」(oberstes Konstitutionsprinzip)¹⁶⁸，早在康德提出之道德法則中即清楚出現¹⁶⁹。康德認為，「尊嚴」(Würde) 乃是唯一能夠使事物成為其本身目的的內在絕對價值。人性尊嚴即是每一個人—無論其個性、能力或地位—所獨有，無法衡量亦無可替換的價值，其令每個個體自己成為自己的目的 (Zweck an sich selbst)，此即主體性之概念。

德國基本法第一條第一項即開宗明義指出：「人之尊嚴具有不可侵犯性，應受一切國家權力尊重及保護。¹⁷⁰」我國之大法官會議解釋亦多次強調人性尊嚴乃是

¹⁶⁶ Gössel, S. 72.

¹⁶⁷ 美國實務雖然也使用 human dignity 這個名詞，但是並未如德國學界與聯邦憲法法院一般將其作為一單獨、無上的價值進行論述，而較常於具體的權利（如隱私權）下討論。參李建良，〈自由、平等、尊嚴（上），人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題〉，《月旦法學雜誌》，153 期，2008 年 2 月，註 2。

¹⁶⁸ 李建良，〈自由、平等、尊嚴（下），人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題〉，《月旦法學雜誌》，154 期，2008 年 3 月，頁 185。

¹⁶⁹ 關於康德對人性尊嚴的論述，參蔡維音，〈德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討〉，《憲政時代》，第 18 卷，第 1 期，頁 38 以下。

¹⁷⁰ GG. Ab. 1: Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

民主憲政一般秩序與憲法之基本理念¹⁷¹。蘇俊雄大法官在釋字第三七二號解釋的協同（含部分不同）意見書中指出，人性尊嚴乃是「『先於國家』之自然法的基本原理」，具有絕對性及不可侵犯性，進一步定義「在個人生活領域中，人性尊嚴是個人『生存形相之核心部分』（Kernbereich privater Lebensgestaltung），屬於維繫個人生命及自由發展人格不可或缺之權利，因此是一種國家法律須『絕對保護之基本人權』（unter dem absoluten Schutz des Grundrechts）。」其指出，在現今肯定主權在民的國家理論中，此源諸人類固有之尊嚴，即由憲法加以確認為實證法之基本人權。人性尊嚴乃成為國家之目的（Staatszwecke）以及國家權力正當性的一般性價值基準¹⁷²。

人類的主體性與人性尊嚴的價值，呈現於與他者（the other）——其他主體的互動之中。在一個社會上，他者之實存與他者活動的場域構成了公共空間，而正是由於此一公共領域的存在，自我意識與自我個性方能從中形成與開展，此即漢娜·鄂蘭（Hannah Arendt）的公共領域（public realm）理論¹⁷³。確實，雖則就純粹物理性與生物性的實存而言，個人可以作為一種孤立的存在體，然而此時即喪失了肯認個人自由與尊嚴的意義。若是世界上只剩下一個人，那麼除了受到自然法則的生存限制外，他將擁有絕對的自由，然而此時「自由」概念之於此一個體而言也失去了實益。同理，他不需要闡釋其尊嚴與尊嚴的不可替代，因為包括他自己在內之一切價值均由其自行定義，於是也就失去定義的必要。顯然，現今我們生存的世界亦不容許一個人自主選擇這樣的孤立生活型式¹⁷⁴。個人在面對龐大

¹⁷¹ 如釋字第三七二號、第四八五號、第四九〇號、第五五〇號、第五六七號、第五八五號、第六〇三號、第六三一號、第六六六號等解釋。

¹⁷² 江玉林，〈人性尊嚴與人格尊嚴——大法官解釋中有關尊嚴論述的分析〉，《月旦法學教室》，20期，頁118。

¹⁷³ Arendt 在其理論中所強調的是一種政治公領域，認為社會作為連繫個人與其他社會成員之中介空間，個人應透過對於公共領域的政治參與實現自我存在的意義。參 Hannah Arendt, *the Human Condition*, 1958, P. 50-67. 另參李建良，前揭文，頁204；王音力，《鄂蘭》，2002年2月，頁63-76。

¹⁷⁴ Arendt 認為個人仍然能夠專注於其私領域，致力個人才華提升而脫離對公領域的政治參與，惟此將令個人與他人的連接點因此斷裂，對於整個社會中介而言亦是損失。不過 Arendt 所表達者，應該還是指涉一種對於政治公領域參與程度的關係，「專注於個人」並不代表能夠由社會脫出，也不代表能夠切斷與他者的接觸。本文在此討論的與他者間之互動，已不限於對政治或社會空間所具

的國家巨靈時，迸發出自由以及人性尊嚴的價值；而在面對他者——其他個人時，自由與尊嚴的意義又是什麼？這就產生了我們應該如何對待他者的問題¹⁷⁵。

第二款 自我與他者：主體關係與客體化禁止

依照上文所述康德之哲學觀點，凡是活著的、具有生物及物理性存在的人，都擁有不容置疑的主體地位，此種人類對其自身得以完整支配的概念，自然蘊含有無權對其他個體加以掌控的意義¹⁷⁶。因此，不管是在道德或法律上，每個人於其行動之中，也都必須要對於他人的人性尊嚴加以尊重，換句話說必須將其他個體亦視為其自身之目的對待¹⁷⁷。個人的尊嚴必然伴隨著承認所有人類尊嚴的義務¹⁷⁸。反之，若是一個人將他人僅僅視為工具使用，而未尊重他人作為目的的人格，即是違反人權¹⁷⁹，也就是將他人客體化的行為，此即所謂康德的「目的—工具理論」。據此，德國學者 Dürig 提出了著名的「客體公式」(Objektformel)：「凡是具體個人被貶抑為客體、純粹的手段，或是得任意替代者，即為對人性尊嚴之侵犯¹⁸⁰。」此一公式亦被學者與德國聯邦憲法法院承認並多次援用¹⁸¹。

此外，美國學者 Martha C. Nussbaum 針對所謂客體化概念的定義，曾提出七種特點作為「道德判斷之指標作用」加以闡釋¹⁸²：工具性、自主性否定、無活動性、可替換性、可破壞性、為所有權標的、主體性（主體經驗與感受）之否定。

有之功能，而是在現今人類群聚生存模式下的現實。

¹⁷⁵ 以文學閱讀試圖探討自我與他者對待的問題，富哲學啟發的深入論述，參林聰賢，〈灰色的靈魂：被害・法・救贖〉，《中原財經法學》，17期，2006年，頁16以下。

¹⁷⁶ 蔡宗珍，〈人性尊嚴之保障作為憲法基本原則〉，《月旦法學雜誌》，45期，1999年2月，頁100。

¹⁷⁷ 學說在概念上尚有區分人性尊嚴（Menschenwürde）與人格尊嚴（Würde der Person），後者較接近一般人格權。康德在概念運用上則未特別將兩者加以區別。關於這部分的論述，可參閱江玉林，前揭文，頁116-123。

¹⁷⁸ 李建良，前揭文，頁196。

¹⁷⁹ 康德著，李明輝譯，《道德底形上學之基礎》，1990年，頁66。

¹⁸⁰ 蔡宗珍，前揭著。

¹⁸¹ 參李建良，前揭文，頁194。另參李震山，〈人性尊嚴之憲法意義〉，《律師通訊》，150期，1992年3月，頁37。

¹⁸² Martha C. Nussbaum, Objectification, in *Sex & Social Justice*, Oxford University Press, 1999, p. 218. 另參張必昇，前揭文，頁55-59。

Nussbaum 氏指出，這七種特性之間具有複雜的相互連結關係，並非每一個案中被客體化的對象都同時擁有上述七種特質，而其認為在七種特質中佔有關鍵性地位者，乃是「自主性之否定」，理由在於，人們難以想像會有任何一個無生命的物體會例外具有自主性，亦即自我決定權。在資本主義結構下被剝削之勞工與奴隸，雖然可能不具有可破壞性、無活動性等特徵，但都是由於欠缺自我決定的可能，而成為客體化之對象¹⁸³。

第三項 尚待釐清的自主決定權利與主體性內涵

在前文中曾說到，當代刑法的立法與解釋益發朝向抽象、集體概念前進。在群體生活的信賴感之外，另一項常在個人專屬法益解釋中出現的法益概念，就是此處的人性尊嚴與自我決定。乍看之下，這是一個完美的法益歸屬，因為似乎沒有人會反駁一個人應具備最起碼的人性尊嚴與自我決定權利一事。然而，這個統括一切的概念，對於具體刑法條文適用而言，無疑不夠清楚。為了要找到合於規範目的的條文適用範圍，仍然必須對系爭概念做進一步的意義劃定與內涵補充。

據上所述，「自主決定」成為區分主體與客體的界限。然而，這個結論似乎令人不甚滿意。在上一章的討論中，我們可以發現，並非所有個體自己做成的決定，均會被視為一種自主的主體性表現。必須是基於「有能力為決定之主體地位」所為之選擇，方被承認為自主決定的結果，於是「主體」成為探討的重點。在定義主體性過程中，人性尊嚴此一目前幾無人質疑之價值賦予主體絕對存在以及必須絕對尊重的基礎，進而推展出侵犯主體性的判斷標準：客體公式與客體特性，希望由認定「何為客體」反照「何為主體」。但是經由一連串學說概念分析得到的結果，卻是「得自主決定者即為具有主體性之人」。問題似乎又被丟到了原點：何謂有能力決定？何謂主體地位？就好比問說：「什麼叫做好人跟壞人？」回答是：「做

¹⁸³ Nussbaum, *ibid*, p. 220-222.

好事的是好人，做壞事的是壞人。」那麼又如何定義好事壞事呢？卻得到這樣的回答：「好人做好事，壞人做壞事。」¹⁸⁴顯然，「得為自主決定者即為主體」、「基於主體地位所為者即為自主決定」的說法，乃是邏輯上的循環論證，並無助於解決上開自主決定與主體之內涵問題。

乘機性交猥褻罪中所規範的被害人，例如智能障礙者，對於性行為所做成之積極同意，被認為是「非基於自主」所為之決定。然而如上述，被害人的主體地位並未由於法律對其同意效力的解消而受到否定，相反地，法律規範聲稱，其係透過解消系爭被害人的同意效力保護其主體地位。與此相對，一個在表面欠缺外在具體或結構性強制力量、符合被害人自身決定結果的性接觸行為，實質上卻被認定為是對被害人的客體化。這中間的原因到底是什麼？

問題出在「自主決定能力」與主體概念本身的認定上。主體不僅僅是一個做了自主決定的人，尚須是一個能做自主決定的人。這個「能力」的判斷，從乘機性交猥褻罪的解釋中可以發現，在一個完全失去意識的人身上，其無法做決定係由於其根本不曾認識到自己身為主體之地位與進行選擇的可能性；而在一個被視為無法作成有效同意的精神障礙者身上，係由於其無法「正確」認知到自己的性主體地位，以及形成一「正確」的性意識。由是我們發現，自主決定能力之認定來自於決定者的主體意識有無，而主體意識之認定來自於決定者主觀認知的社會評價。法律所要保護的其實是「具有符合社會評價之主體意識的主體地位」。對於因各種原因導致不具有上述意識者，則由法律介入，為其安上一個符合評價的意識假設與決定結果，從中「輔助」、「塑成」系爭被害人完整的主體性實踐。於是我們進一步看到，社會對於「人的主體性」與其具體實踐方式，其實暗含著一套「完美模型」。當我們想要釐清，一個人如何依據其主體地位進行有意義的自我決定時，必須要先探討，到底什麼叫做合於社會評價的主體意識？

¹⁸⁴ 這個說法聽來荒謬，不過類似的例子卻屢見不鮮。同樣的一件事由不同的人來做，獲得之評價卻恰恰相反的情形比比皆是。

第三節 性與主體

在討論與性相關的犯罪中，個人主體意識內容之構建總是與「性意識」脫離不了關係。事實上，若是與其他的個人利益保護相對照，「性」似乎是與主體意識連結得最為緊密的一個概念。從而，在我們進入主體意識生成過程的漫長探索之前，似乎不得不把目光同時置於此一令大眾羞於啓齒的命題上，由是搭建起通往主體自我凝視的橋樑。是時候該來討論一下「性」這個讓整個社會為之憤激、懼怕卻同時又著迷不已的概念了。

第一項 個人性圖像之描畫

關於「性」之本質究竟是什麼，恐怕很難產生一種具體而準確的定義。從外觀上看，它是生物肉體的活動，而從其作用來看，大致不脫生殖繁衍與感官享受。而今日（至少）在人類社會中，「性」之意義已然溢出單純的生殖目的，朝向多方向擴張。「生殖」不再是性正當化的唯一理由¹⁸⁵，也因此令所謂性交與猥褻行為的區分意義變得模糊，逐漸被廣泛理解為一種「性之行為」(sexuelle Handlung)¹⁸⁶。康德將性理解為一種強烈的欲望，具有強大的驅動力量，人類為了追求性欲望與性愉悅的滿足，將會忽視性對象的感受而僅專注於自身之肉體，從而成為一種否定對象主體性以達到自我滿足的行為；而在出於自願所發生之性行為間，康德則認為此時從事性行為之雙方，均會主動接受被他方工具化的結果¹⁸⁷。亦有認為，性就是一種「相互取悅的過程」，透過此種活動，雙方得以感受自身之價值與主體

¹⁸⁵ 李聖傑，前揭文，頁28。

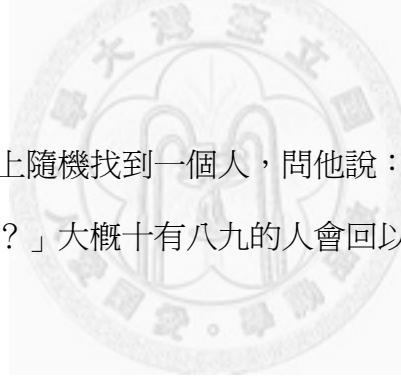
¹⁸⁶ 盧映潔，〈強吻案之評釋〉，《月旦法學雜誌》，90期，2002年11月，頁239-240。

¹⁸⁷ 在這裡即出現一個弔詭：性之發生乃是一種將他人客體化以凸顯自我主體的行為，但是只要對方也享受這次的性，那麼自己也將隨之被對方客體化並顯出對方的主體性。究竟所謂的主體性表現與主體性喪失能否同時成立？或許兩個命題其中之一只是假命題？又或許這兩個命題，甚至是主體性的說法本身，都只是一種語言技術？

地位，進而取得認同感和歸屬感，彰顯個體存在的價值¹⁸⁸。

但是，倘若我們認知到，對於「性」的定義並非源自於生物學，而是由社會學角度進行的，且無可避免地隨著時間與空間向度在轉變¹⁸⁹，那麼與其說我們此刻要探討的主題是性，毋寧說是要探討人類對於性的想法。重點並不在於「性」是否具有固定的本質，而是在於一個人究竟是如何看待性這件事。在此我們可以提出兩個層次的問題：其一是，發生性行為的「那個人」，他腦海裡所想像的性行為是什麼樣子，質言之，就是一個人主觀的性圖像內容。在關於性的討論中，我們要問的不是「性是什麼？」而是「對於一個人而言，他想像的性是什麼？」其二，是關於個人性圖像產生的過程，亦即「是什麼原因讓這個人在他的腦子裡建構出他所感所知、所想像的性？」這就涉及個體情感的生成以及人類社會的性意識發展史了。

如果我們現在到大街上隨機找到一個人，問他說：「請問你的性圖像是什麼？你理想中的性是什麼樣子？」大概十有八九的人會回以一句「不知道」。不過，只要我們換一個方式問：



「如果有一個人在你睡著時與你發生性關係，你會不會很不舒服？」

——「那還用說嗎？當然會啊。」

「那麼，為什麼你會不舒服？」

——「因為我又沒有同意與他發生性關係。」

「那麼，為什麼一個人在沒得到你的同意前與你發生性關係，會導致你不舒

¹⁸⁸ 許玉秀，前揭文，頁 21。

¹⁸⁹ 學說認為人類歷史上的性觀念大致上可分為性圖騰崇拜與性禁忌、性之生殖目的與宗教倫理，以及重視性權利與性解放三大阶段，參李聖傑，前揭文，頁 30-31。

服？這就表示對你來說，性的發生必須要滿足一些前提要件吧。」

——「或許是這樣。」

依照此一模式，循序漸進的詢問下去：

「對你而言，什麼樣的性是可接受的？你會允許在什麼情況下和他人發生性行為？除去性病等等因素，和你發生性行為的對象有沒有限制？你接受婚前性行為嗎？你接受純粹基於性享受而發生的性行為嗎？你有辦法在大庭廣眾下發生性行為嗎？」如此很快就可以發現，每一個人腦海中確實存在著一種對於「在什麼樣的情境、與什麼樣的對象之間、如何發生性之行為」的理想拼圖。而隨著問題的深入，此一對於「理想中性之發生」的拼圖，將會在應答者自己、以及我們面前越來越清晰地顯現。這幅拼圖，本文將之稱作個人主觀的性圖像。

第二項 性圖像與主體性之連結

我們確認了個體基本上擁有一幅屬於自己的性圖像一事，並不是為了要分析此一圖像的詳細內容以及具體實踐¹⁹⁰，而是要更進一步找尋性圖像和擁有性圖像之個體間的關聯。

當一個人之性圖像遭受威脅的同時，一種主體性因此而減損的「客體化恐懼」隨之產生。學說上乃認為這就是為什麼針對侵犯性自主權所設之刑罰，要比一般妨害自由罪重大之原因：因為此種犯罪是「把他人的身體作為洩慾的工具，是對人性尊嚴的深沉攻擊，所以處罰比強制罪更重。」「當一個人察覺到自己是他人性慾衝動的祭品，心理的憎惡與恐慌，還可能遠高於身體的直接攻擊傷害。」從而有學者認為，立法者在一般的妨害自由罪及一般的傷害罪之外，還要另創妨害性

¹⁹⁰ 關於性圖像內容的個體差異性，將在下一章進行探討。

自主罪，可能就是為了保護人類社會長久以來的核心禁忌¹⁹¹。這個禁忌，就是人類對於自我身體的想像，對於性的想像。

今日，性圖像之所以對於個人具有重要性，是由於在我們（所謂「正常人」）的性圖像中，縱使對於性的具體價值與實現方式（諸如理想的性之發生是否必須以婚姻或感情為基礎、是否只存在於異性之間、是否能夠屏除生殖意涵而以單純享樂為目的等）存在各式各樣的相異觀感，但是它們都包含了一些值得留意的特質，那就是：性是高度個人化的東西（和自己相關），它既敏感而又私密（和自己的身體隱蔽處相關），與一個人的靈肉緊密結合，它在人體上最常被遮掩的地方發生，能夠觸動一個人最深層的欲望、引發最細微的情感糾結，據此，「性」構成一個人內在人格中最脆弱也最奇妙的一部分。如果一個人能夠依照其自身所想來實踐性之行為，他的獨立性與尊嚴就獲得了肯定。於是，個人透過其自身對於性經驗的掌握，確認了一種對自身的主宰資格，以及完成對於自我靈魂的關照。換句話說，個人透過對於性之行為具體實踐過程中的自我決定（依照自己的性圖像來進行），讓他身為主體的人格也得以圓滿實現。據此，我們看到「性圖像之實踐」所擔任的鏈結功能：在今日人類社會中，「個人性圖像」與規範上受到絕對肯定的「個人主體地位」高度相關，在一個被認定為依循自由意思而完成的性實踐當中，個體得以確立自我主體性的價值。

相反地，假如今天關於性的上述特質：個人化、身體隱私、必須要經由主體進行自我決定的儀式才能發生等，遭到來自他人的破壞，無論此一破壞是否使用了暴力手段，無論此一破壞行為在當下是否為被害人所覺察，只要對於被害人而言，一種與其性圖像中設定的性之行為相偏離，亦即一種「不對的性」曾經在自己身上發生，那麼他主觀上為自己所建構的性圖像，以及更重要的，此一性圖像背後所連接之主體人格，也將不復完整。換句話說，他也就因此被「客體化」了。

¹⁹¹ 林東茂，〈猥褻的概念〉，《台灣本土法學雜誌》，42期，2003年1月，頁78。

在此，我們即建立起性意識核心——個體在腦海裡描繪之「個人性圖像」與主體性的關聯。由是，刑法上性自主罪章所要維護的法益內涵，就是一種透過性圖像的完整維持所確保的性主體感受。這種感受如以意思形成與意思實現之內容，與當下的自由法益實踐連結在一起，將帶給人情緒上最直接也最強烈的反應，此即為何強制違反被害人意願而與之發生性行為的犯罪類型會成為性犯罪的規範典型，並被認為是關於性自主的「當然侵害」。

第三項 乘機性交猥褻罪所保障的自主權內涵：性圖像完整

至於在被害人無意識時與之發生性關係的行為，雖則與直接、當下意思形成與意思實現的侵害無關，然而不難想像，對（一個法律設定下「正常的」）被害人而言，當其恢復意識時，其腦海中的性圖像仍然由於先前行為人與其從事性行為的事實而產生裂痕，甚至瀕臨崩解。從而，「保護身為主體的個人，其性實踐應符合於其腦海中構建之性圖像」一事，也就成為性自主概念內涵的一部分而具備規範必要性。質言之，個人性自主權利中包含了性圖像，此一性圖像不僅僅表現為透過當下具體意識生發所為之決定，且尚蘊涵著一整體、持續的性經驗事實狀態。

從而，乘機性交猥褻罪所欲保護者，乃是與個人人格相結合、涉及高度隱私、個人道德觀感、社會形象認同以及主體地位的性圖像，此一性圖像並不屬於狹義的意思形成、意思實現或行動自由，蓋其係一種抽象、已然在一個人認知層面生成的自我人格評價概念，而非針對個別具體事項的意向行使。此一圖像，可以把它歸入廣義性自主權利的一環，亦即將性自主理解為自由的上位概念，包括所有與個人人格及尊嚴相連結的性之發生，還有個人基於其自身性圖像，對於性之發生所可能導致的自我評價。

第四節 現代社會中人類性圖像的面貌

在上一節中，我們討論了人類的性圖像，以及對於性與主體間的緊密鍵結。接下來，我們要將焦點轉到人類性圖像的具體內容分析上。亦即，這個社會中是否存在一種對於性的特定價值判斷，並且此種價值認定滲入了個人性自主權的保護範圍判斷過程裡，進而成爲刑法妨害性自主罪章實質保障的對象。換句話說，本文想要問的是：表面上自傳統防害風化罪章中獨立出來的性自主概念，實際上果真已經擺脫了對於性的道德論述基礎嗎？個人的性圖像與性自主果真能夠外於現代社會對於性的「正確要求」而受到法律完整保護嗎？從以下討論本文即試圖指出，在形式規範裡已然被刪除的「性道德」概念，依然時時閃現於對私領域的性活動管制中，並且以一種「社會上普遍性圖像」之姿態，被用以作為檢驗個人主觀性圖像是否能夠成爲法律保護對象的標準，而實質上化爲刑法妨害性自主罪章保護法益的一環。

第一項 性差與性別角色的塑造

雖然本文重點並不在性別與性差的討論上，然而不可否認的是，要探討當前社會上「共同主觀」中的性圖像內涵（確切地說，是權力作用於社會之性圖像形構），就不能不談及這背後深層的性別與性差結構問題。

此種性別與性差的結構，一言以蔽之，大抵上是基於生物學、心理學上所描述出來的兩種性別構造（亦即生殖系統之功能上差異），延伸出對於兩種性別在社會文化上擁有相異特徵之論述。由是，進一步發展出兩性在社會上分擔任務之差異，也就是所謂的性角色（sex role）或性別角色（gender role），例如在論述過程裡指出社會分工中「通常會由男性來擔任的工作」，像警察、工程師、醫生¹⁹²、軍

¹⁹² 直到現在，穿著醫師袍走在醫院裡的女醫師，仍會時不時被病患家屬當作護士小姐或看護師；而男性護士或護理師則屢屢被叫作「某醫師」。

人等，以及「通常會由女性來擔任的工作」，像護士、幼稚園或中學教師¹⁹³、保母等。在此種論述脈絡下，不同於以上描繪的社會分工常被稱之為「由 A 性別去承擔『B 性別的』工作」，像是專業主夫以及常被用以舉例的木蘭民歌¹⁹⁴。

雖說論者主張這樣的性差論述模式，並非必然會產生性差別對待 (discrimination)，例如在學校裡便是試圖在進行性別與性差教育時，同時維持兩性間無差別之平等對待¹⁹⁵，然則事實上，當我們開始進行一種本質上根基於性別差異的二元區分、並且對於性別特徵與形象作出具體描述時，隱藏在其中的集團差別對待可能性就產生了。詳言之，上面關於性別與性差的論述邏輯，最後勢必導出「某一特定性別較適合於某種社會角色」之結論，而社會角色之分配本身即帶有評價性色彩，這種評價標準與經濟生產結構、甚至是人類所使用的語言系統相扣合，形成更強而有力的社會地位分配體系。

這種性別與性差的二元區分之所以看似無法動搖，原因在於其所援用的生物學與統計學論據基礎，尤其是生物學上以生殖繁衍為起點的性別角色分擔，強調在原始動物群體中女性妊娠、生產、哺乳與育兒，男性則從事對外生產與護衛的任務，將這兩種生存角色形式以一種符合現實、係屬自然科學上之真理的姿態確定下來，難有反駁的餘地。基於此一前提，討論重心乃被限定在既有的性別與性差事實狀態下，如何減少差別對待的問題，例如嘗試給予兩種固有的角色分擔（勞動與育兒）相等的評價、討論在社會上如何讓男女均能自由參與彼此的角色（就實際層面來觀察，這種論述方向通常是採用女性具有參與男性角色的權利、而男性則有分擔女性角色的義務作為主張，由是反映出對於男女原初角色設定仍含有差別評價的事實）；亦有同樣從生物學觀點出發，提倡男性參與幼兒之養育、給予

¹⁹³ 有趣的是大學教授通常會被定位為男性，此自然與「育兒」之性別角色有關。

¹⁹⁴ 阮芳賦，〈從性學角度看性與權力〉，樹德科技大學人類性學研究所，2003 權力、主題、認同與差異研討會，2003 年 4 月，頁 6。

¹⁹⁵ 藤原英典，〈教育における性差とジェンダー〉，《東京大學公開講座：性差と文化》、1993 年，P. 263。

女性「幫助與支持」者，對於族群發展乃是一項有利的選擇¹⁹⁶。

只不過，假如從社會整體結構的觀點來檢驗上述說法，就可以發現這種基於生理心理固有差異性而存在的性別與性差，事實上是被抱持著特定目的而運作之權力網絡關係加以挑選並強化的結果。姑且不論統計學與自然科學的研究結果僅僅只是集團式的量化數值¹⁹⁷，而無法清楚證實每一個體在本質上的二元區別，重點在於，何以關於性與性差的概念會如此受到社會系統矚目，何以在人類歷史上，關於性、性差與社會分工間的關聯會相互滲透得如此徹底？當然，一種女性主義式的觀點或許可以說，這是由於建立這一連串論述基準者都是既已獲得高度社會層級的男性之故；不過，除此之外，本文尚接受一種對於更深層社會結構進行揭露與反省的觀點。



第二項 性與勞動價值的再生產

人類社會於近代以來所追求的目標，是一種多方面的不斷產出與不斷進步。「追求卓越」¹⁹⁸——這個概念蔓延到社會各個角落，不僅僅是經濟層面，就連教育、藝術、文化，都面臨生產效率與前進速度的壓力。要有產出，就必須先投入生產，而生產需要的是資本。是以，在資本社會結構下，最重要的事就是如何讓資本能夠不斷地擴充和累積。而所謂的資本，有許多種類型與形式，其中一個要項就是得以被置入生產流程、創造經濟價值的勞動力。優質的勞動力來自於優質的人體，以及更進一步得以提供最大勞動力來源的整體人口組成，於是人口政策也隨之變得格外受到重視。

此外，現代資本主義社會的另一個特徵，就是盡可能地為一切產出創造經濟

¹⁹⁶ 高橋迪雄，〈動物から見たヒトの性差〉，《東京大學公開講座：性差と文化》、1993年，P. 21-23。

¹⁹⁷ 這其中尚牽涉到個人數質化的問題。

¹⁹⁸ 參黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，2012年3月，序言。

價值，因為創造出來的經濟價值將成為新的資本，於是得以持續累積，並投入下一波生產活動，以創造更龐大的經濟價值，如此循環不已，資本主義便是透過這樣的方式完成自我擴充與自我再生產。要如何將所有產出的經濟價值予以增幅呢？在這裡的關鍵步驟是「割裂」。將勞動力、生產手段、甚至產出的商品與生產者一一割裂開來，成為能夠被重新組裝與安插的活動式零件，讓資本家得以分別對其進行強化、排列與包裝，透過流通以產生多次的價值創造。這種不斷分割再重新賦予附加價值的終極作用對象，即在於個人的割裂，尤其是被認定為個人核心價值的「主體性」，從現實上的個人（主體）中被抽離出來，成為能夠用以檢視（現實中的）自我、反省並抵抗「客體化」、不斷再生的抽象目標。於是，這種不斷自我生產的主體性乃變成最大的資本¹⁹⁹。

接下來讓我們回到勞動力與人體—人口的連結上。如上所述，優質勞動力的確保，以及新一代優質勞動力的培養，乃是推動現代資本主義社會前進的重要機制。在此一運作模式下，「性」在資本主義社會中的角色特徵便顯現出來。一方面，性活動能夠滿足慾望取向的個人，產生個人與個人間之關係，讓一直處於獨語世界中之自我，在一瞬間似乎能夠感受到與他者同時存在於當下，而肉體享樂所帶來的愉悅感，又似乎讓勞動後的身體與精神復甦——除了進食與睡眠外，性慾望滿足成為另一種具有補充能量、消除工作上倦怠的重要方法；除此之外，性活動在生物界的原始機能：生殖繁衍，則是產生下一批勞動力的手段²⁰⁰。是以，藉由調整社會上從事性活動的方式，權利中心便能達到令現有勞動力持續回復再生、次世代勞動力享有良好培育環境之目的。而具體的調整方式，就是透過性知識，建立起一套符合於上開要求的性圖像，並且讓其成為社會上普遍認知的價值。

¹⁹⁹ 關於此一部分的深入論述，參李茂生，《權力、主體與刑事法》，1998年，頁257以下。

²⁰⁰ 李茂生，論性道德的刑法規制，台灣法學會2002年年度法學會議論文，頁3。

第三項 「正確的性圖像」依然存在

第一款 性解放迷思

第一目 「正常的性」

現在讓我們再回過頭去看看所謂「一般人腦海中的性圖像」內容。其實，從我國大法官會議在釋字第六一七、六二三號等解釋中對於性資訊類型所做的分類，已經大致可以看出當前社會上對於具有正常化特徵的性所抱持之圖像，亦即，被歸入所謂硬蕊或是與未達性成熟之幼童為性交者，就是一種性反常。由此反過來看，「正常的性」即是指兩個成年人（通常是成年之男女²⁰¹）在其私領域內，雙方基於主體之地位互為同意之後，相互為愛撫或使性器接合而達到性慾之滿足，換言之即是以非屬暴力、性虐待（SM）等方式²⁰²所進行的性活動。

再來看一下實務上的例子。最高法院於一則判決理由中謂：「… …無一定之代價，以不法之方法，平白使人與之為性交行為者，該人既非為情愛所作之肉體上奉獻，則其不法所獲得者，雖僅為心理、生理上之滿足，自仍屬不正利益之一種。」²⁰³由是可知，最高法院在本判決中認為，必須要是基於「情愛所作之肉體上奉獻」，方才屬於法律上所認可的、合理的、行為人得以合法進行的性，否則行為人與被害人發生性行為，即屬貪污治罪條例中所稱「獲得不正利益」。

²⁰¹ 關於同性戀是否屬於性反常，本文不擬深入論述，不過就媒體以及網路上針對同志議題所引發的爭議來看，距離同性戀者之性活動受到平等眼光注視的日子恐怕還有一段時間。事實上，只要「異性戀」與「同性戀」的言語結構仍持續被使用，此種異化的存在感就會一直存在。

²⁰² 至於所謂的性反常是否會受到法律禁止，則是另外一個層次的問題。就目前我國的規範而言，並不禁止在私領域內、基於個人自我決定而為的性反常，但是管制性反常資訊的散布，也就是對於性反常出現於公領域之禁止。關於這部分可參照李茂生，前揭文，頁2。張必昇，前揭文，頁96以下。

²⁰³ 最高法院99年台上字第4191號判決。原判決所涉者實係貪污治罪條例，其後復謂：「依原判決之認定及說明，上訴人於九十五年六月十日在休旅車上即已要求A女與其發生性關係，A女因凜於上訴人之檢察官身分，復畏懼其從事性交易之訊息被家人得知，迫於無奈，乃依上訴人之要求與之為性交。如若無訛，能否論處上訴人收受不正利益罪刑，而係成立要求不正利益罪名… …不無研求之餘地。」

按照此一論述邏輯，最高法院顯然是將人類的性先區分為「基於情愛所為之肉體奉獻」與「非基於情愛（或作為對價交換、或純粹慾望滿足）所進行之肉體接觸」，前者乃是正常化的性，其應具備絕對價值，不得換算為金錢，自然亦不會有價格；後者則屬於得作為賄賂或圖利罪對價條件的利益，從而在性質上乃是商品的一種。姑且不論最高法院此種看法與目前規範上仍普遍抗拒性活動商品化之態度明顯矛盾，重點是其論述中對於正常性活動之本質的揭示：正常的性不僅僅只是肉體上享樂的活動，而必須與「情愛」相結合，成為以兩個人之間穩定情感關係為前提的「奉獻」。

第二目 性反常作為對照標記

此外，若是在網路上搜尋一下關於性之議題，不難發現，在歷史上被論者標記為「性解放」的今日，同性性行為、處女情節、婚前性行為、婚外性行為、商品化之性行為、戀童癖等性傾向，仍然一再引發爭議。當然或許有人會說：這只是個人主觀價值認定的問題，法律並不禁止同性性行為，刑法妨害性自主罪章亦明白說明本罪章並不保護貞操或道德，而是保護個人性自主，這難道不是一種解放的表現？再者，人人都說這是一個思想開放的時代，只要個人喜歡，所謂的一夜情或婚前性行為均無不可，甚至有人會認為男女交往應該以性關係的存在來證明兩人關係的親密，這難道不是一種性自由的表現、性圖像多樣化的象徵？

對此，本文所持的觀點為，上述看法所標誌的並非一種「性解放」，相反地，它們只是更加清晰地反照出所謂「正常性圖像」的形貌，而這正是標記出各種性傾向、各種性反常的意義。正是由於標記出同性戀並將其歸入一種（特殊的）性傾向群體，「異性戀傾向」才被視為正常；雖然沒有規範指責婚前性行為，但是「性生活多采多姿」卻仍然不是褒獎一個人的正面用語，而所謂「宜室宜家」或「守身如玉」的女性，依舊是社會上普遍對於一個「好女孩」所持的形象。越是需要

強調現行性觀念的「多元」，越是宣示出在這些外圍性活動的中心，存在著一種典型而正常化的理想性關係²⁰⁴，而正是這些外圍性活動之存在，反饋地增強了正常性圖像在一般人腦海中的分量。

一言以蔽之，當前社會對於個人關於正常性圖像的設定，大抵不脫以下範圍：正常的、最值得受到鼓勵的性，發生於對雙方抱持感情成分之成年男女間，屬於兩人私領域內之親密關係，兩人透過相互取悅得到滿足並創造價值，性之發生有助於強化兩人間之情感連繫。性關係應該力求穩定，換言之就是性關係對象的單一性，並且由性對象的單一連結到對伴侶情感上的忠誠。這樣的性若是發生於婚姻關係之中，將更加具有正當性，透過爭性行為之實施而產生下一代，使婚姻關係益形固定、進一步發展為含括父母子女在內的家庭關係，更是性活動的重要功能，從而也更加受到鼓勵。

第三目 理想性活動背後的社會利益

司法院釋字第五五四號解釋之解釋文謂：「婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。… …以刑罰手段限制有配偶之人與第三人間之性行為自由，乃不得已之手段。然刑法所具一般預防功能，於信守夫妻忠誠義務使之成為社會生活之基本規範，進而增強人民對婚姻尊重之法意識，及維護婚姻與家庭制度之倫理價值，仍有其一定功效。」從此一解釋觀之，大法官是認為，婚姻與家庭制度之倫理價值已經超越了個人自主決定實踐性行為之選擇權利，而成

²⁰⁴ 這就好像對多元族群的大聲疾呼、或是特地將某處命名為「反貪腐廣場」一樣，只是反照出特定人在社會上受到異化的事實，以及現實上國家權依法行政情形的普遍低落。

爲限制個人性行爲活動自由之正當依據。這樣一來，當我們回頭省視現今社會上對於理想性活動之種種描述，便可以看出，此處所欲確保者並非性活動的美好，而是用以形容美好性行爲的條件本身。並非是婚姻、家庭以及單一感情成就了理想中的性，而是特定條件下發生之性行爲成就了婚姻與家庭制度在社會體系下的效用。

事實上，倘若我們仔細去檢視解釋文中對婚姻制度存立必要性的敘述，還可以發現更多矛盾：例如，關於婚姻制度具有維繫人倫秩序功能的說法，本身就是欠缺邏輯基礎的循環論證；按，古謂夫婦爲倫常之始²⁰⁵，與君臣、父子、兄弟、朋友同爲五倫之一，這個說法在今日原本就有進一步檢討闡釋的必要²⁰⁶，亦即尙待清楚說明的是，何以包括夫婦在內的五倫在當代仍有其存在的價值，而非謂爲了維繫倫常，故夫婦所組成的婚姻與家庭自然應該存在。其次，要說婚姻制度能夠實現男女平等，更是匪夷所思；假若均等地承認男女具有任意發生婚外性行爲之自由，那麼理應不存在平等問題；蓋若不是先抱有無婚姻而從事性行爲的女性在社會地位上低人一等、懷孕女性當然負有養育義務，進而必須透過男性在婚姻契約上的承諾與責任分擔消弭此一先天地位落差，或是對於發生婚外性行爲之男性與女性持不同評價等意識型態前提，實在很難想得到要如何透過對婚外性行爲的刑法上規制，使男女平等得以真正實現。

既然如此，可以想見到，之所以動用國家刑罰權限制婚姻外性行爲的發生，唯一具體可見之利益即在於養育子女。國家用以確保優秀勞動力的重要手段在婚姻與家庭，蓋良好的家庭才能確保精緻養育。對於整體資本主義社會之運作而言，在婚姻中產生的子女，將成長爲未來投入勞動生產、創造經濟價值的主力²⁰⁷。這

²⁰⁵ 倫語・學而第一，劉氏正義。孟子・滕文公上。

²⁰⁶ 我們現在一般並不認爲所謂君臣關係屬於人倫的當然，即爲印證。

²⁰⁷ 這個傾向亦反映在優生保健法規定中對於墮胎與未成年結紮禁止之相關規定上。詳言之，未婚者結紮的困難點在於，這個個體未來有可能成立家庭，所以讓他結紮適必造成未來勞動力的潛在損失；但另一方面，這個未婚者可能在走入家庭前（或不走入家庭）意外地有孩子，此時無論是墮胎

就是為什麼無論再怎麼除罪化，「最理想」的性活動仍然被鎖在家庭裡。

第二款 以主體實踐作為理想之性活動判準？

當然從另外一個角度看來，亦有不少論者嘗試要將合理的性與個人主體實踐連在一起。前述最高法院對於性應以情愛為前提，並認定非經由情愛基礎所為之性活動具有商品化之特徵，亦可能銜接到前面關於「客體化」的論述上。也就是說，按照最高法院的邏輯，非經由情愛所進行的性，必然隱含有將性作為商品利益的成分，並且進行性行為的一方將隨之否認（被視為提供商品化性服務之）他方具有主體地位，亦即將其客體化，而與規範上不鼓勵此種商品式性活動之態度相連結²⁰⁸。

表面上這種說法似乎與康德的主體論若合符節，蓋康德認為性活動本身由於強烈的感官上刺激，將會促使個體過度關注自身之滿足而客體化其性活動對象，但是在關係穩定的伴侶之間，兩人從事性行為之當下亦同時自願放棄自己的主體性，藉以相互達到去人性（dehumanized）狀態。因此，性行為之發生勢必造成個人主體地位的危機；若是要確保主體間在進行性接觸時，維持尊重彼此主體地位的道德難題，只有透過婚姻來解決，因為在婚姻關係中之雙方經由彼此扶持、提供生活上照顧，能夠彌補在性活動中主體性的一時喪失，從而只有在婚姻狀態下所為之性行為方不致於對主體性的絕對價值形成破壞²⁰⁹。

不過此種見解，將令理想的性狀態範圍大為限縮，蓋基於情愛、相互支持之意念而從事性活動者並不必然具有婚姻關係，反之婚姻狀態似乎亦難以保證能達

（表面上再度陷入生命迷信，實質上是再花一次醫療成本、甚至造成母體子宮——新一代勞動生產機器的破壞），或是把孩子生下來（無法完成家庭內的精緻養育，反而是社會成本），都不是國家樂見的。

²⁰⁸ 只不過無論如何，在規範上不鼓勵性商品化的情況下，瀆職罪章長期以來卻都一直將接受性服務當作是不正利益的一種，等於間接承認性的價格（商品價值），只是不願意讓這種特性浮上檯面。

²⁰⁹ Nussbaum, *ibid.* p. 225. 張必昇，前揭文，頁 61。

成上開相互尊重的模式，因此如康德所主張以婚姻確保性主體化的手段並不一定有效（應該說，婚姻並非最佳解決模式、亦非唯一解決模式）。美國學者 Martha C. Nussbaum 雖然贊同康德關於性活動與性慾望之本質乃是客體化的觀點，但是她主張，「客體化」此概念並不全然具有負面價值，亦不當然在道德上具有可非難性，因為人類仍有可能在某些客體化經驗中獲得愉悅的感受，從而只要進行性活動之雙方能夠營造一種相互尊重的對等環境，那麼此種經由性所導致的客體化並非不能接受²¹⁰。

持女性主義論點者如麥金儂等則是主張，在性活動中要維持雙方的主體性，重點是雙方是否重視性行為對象在感情上的滿足與需要，亦即尊重他方身為主體之人格。只有在社會階級結構下²¹¹處於不對等地位之個人間所發生的性活動，才會存在藉由性將一方客體化、工具化之疑慮。在此麥金儂所指稱之客體化包括了一種形塑個人性慾求的主觀想像，亦即系爭階級結構將會使從事性活動之一方（通常是男性）將他方想像為純粹洩慾之工具，而他方（通常是女性）在此一結構性觀念影響下，亦以一種客體地位之想像來構築自己的性慾望。至於婚姻，按照女性主義論者的說法，其亦由於父系社會、男性權力中心所形成之深層結構之故，往往無法確保性行為雙方之主體性，反而會強化對於一方（女性）的壓迫與客體化現象。是以性的本質並非必然存在客體化現象，性活動中的主體與客體關係來自更高層次的社會（性別）階級。

第三款 語言結構下的主體—客體關係

以上論述模式將出現幾個值得注意的問題點。首先，性之商品化一事原本就不必然會連結到從事性行為者的商品化。許玉秀大法官在釋字第六六六號解釋之部分協同意見書中即謂：「身體的主體對自己身體的支配，稱為自主，既然自主，

²¹⁰ Martha C. Nussbaum, *Objectification*, *ibid.* p. 238.

²¹¹ 就麥金儂所持的觀點而言，指的是男女階級差異下的社會結構。

就不是被支配。基於自由的意志，決定為性販售行為，不管拿性交換什麼，都沒有讓人淪為被支配的客體。性作為交換的客體，也就是作為商品，不等於人作為商品。」所以說，就算是由一種客體化禁止的觀點來檢視商品化之性行為，亦不當然會導向主體性喪失的結論。

其次，關於康德、Nussbaum 與麥金儂以主體地位出發檢討性活動本質的論點，其共同的癥結在於：無法擺脫「性本質」、「主體性」與「客體化」之語言結構框架。詳言之，比較三方²¹²對於主體性以及客體化之論述，康德認為性之本質必然伴隨著客體化，並且此種客體化除了走入婚姻一途外無法在道德上解套；Nussbaum 認為性之本質乃是伴隨著客體化沒錯，但客體化尚可進一步區分為道德經驗上正向與負向的客體化，而前者並非不能接受，故應追求符合前者條件的性；麥金儂則是認為性之本質並不當然伴隨著客體化，但是男女階級地位將導致結構性的主體與客體關係，故其所追求者乃是立於女性角度盡量打破男性宰制的固有權力體系。

——到此即不難發現，上開三種觀點均是以特定前提為基礎展開的，亦即：「性」有其本質並且應該被定義、主體與客體乃是先驗之概念並且應力求主體性之實踐、性關係將牽涉到主體與客體之命題而應該分析其中的主體與客體結構。然而，為什麼我們會如此在意性之本質？人類的主體性果真是一種先驗的、無可置疑的絕對存在？的確，近代以來，論者鮮少有人懷疑主體性的價值，似乎我們所要做的事就是去發現主體性之真正內涵、找出各種令個人主體性得以實現的方法。然而，當檢視過不同學者的論述，發現其所提出對於主體性、以及性活動與主體間關聯的看法其實存在著各種差異，不禁令人開始懷疑主體概念本身。

所謂主體與客體、以及性之本質等概念，追根究底仍然不脫一種語言文字的

²¹² 實際上要是參考更多著作，就可以找出更多種論述主體與客體關係的觀點。

使用。而語言文字原本就有任意性（arbitrary）²¹³，隨著使用者將指涉性或詮釋性內涵注入此一言語概念中，語言將產生歧異與多義的現象。有趣的是，語言最初是由人類所創造，用以表達特定事物或觀點、建立個人與個人間之互動網絡，然而當一種語言結構產生後，其本身之存在將反過來影響人類對於特定事物的觀感，甚至是對特定事物實存的認識。於是，在此我們要討論一種語言結構運作的技術，並且由此根本處對於上開性之本質與主體性的論述進行檢討。



²¹³ 事實上所有的語言都是如此，我們從不同語言符號可以對應到同一種事物上的現象即可了解此一特性的存在，例如「蘋果」、「apple」、「Apfel」、「リンゴ」所指涉的都是同一種可食的植物果實。使用同一種語言的社會系統，對於其語言所對應的事物基本上存在著共識，從而消弭了個別詞彙在使用者主觀上的任意性感受。但是，當一種過去不會被社會廣泛使用的新詞彙出現，或是某一種詞彙所包含的意涵發生變化時，此一詞彙所隱含的任意性與不確定性即會顯現出來。關於語言的任意性，可進一步參照 *Victoria Fromkin, Robert Rodman, Nina Hyams, An Introduction to Language, Eighth Edition, Thomson Wadsworth Ltd, 2005, p. 5-8.*

第五節 性主體意識的生成

如前文中所述，性自主權作為一種人格與主體的聯繫點，其在規範上的綿密度與刑罰程度顯然高出其他自主權甚多。一個人的主體價值表現於多種面向，可能是具體行為決定，可能是個人化資訊流通之掌握，亦可能是社會對於其人格之評價。然而，無論是妨害自由罪、妨害秘密罪或妨害名譽罪，都不若妨害性自主罪般挑動著社會情感的神經。在此出現了一個值得留意的地方：究竟為何人類會如此重視自己的性圖像？為何人類面對自己的性圖像時會如此小心翼翼，將任何破壞性圖像完整的舉動都視為對人格的重大侵害？性的隱密、敏感、對滿足性欲的渴望與罪惡感……對一個人的生命而言真有如此重大的分量？於是，問題又回到了性圖像上。「性圖像與人格密切相關」此一命題，究竟是否、何時、為什麼成為社會與法律認定的真實？

在此我們有必要探討個人與社會之性圖像產生的過程。我們腦海中的性圖像是如何產生的？它無疑來自於教育活動，來自於一個人成長過程中父母、師長、社會對其灌輸之一切觀念與訊息。關於此一訊息內容如何生成，則有不同的解釋。下文將嘗試由兩個方向檢討人類對於性與自我主體之間緊密紐帶的情感根源：其一是個人—社會的向度，其一是人類—歷史的向度，而後者亦可謂是前者的反省與詮釋學。

第一項 個人身體與性圖像的誕生

「*O my Body! I dare not desert the likes of you in other men and women, nor the likes of the parts of you;*

I believe the likes of you are to stand or fall with the likes of the Soul, (and that they are the Soul;)

I believe the likes of you shall stand or fall with my poems.」

學者 Nussbaum 在其著作《逃避人性：噁心、羞恥與法律》裡引用了詩人 Walt Whitman 在其〈歌頌帶電的肉體〉(I Sing the Body Electric) 中的一段，開啟她對於人類身體、舉止與情感的一連串探討。

第一款 對於必死之動物性身體的拒斥

Nussbaum 所持基本論點是將單純的「慾望」與經由社會習得、以對事物具備特定觀點為前提的「情感」區隔開來，針對後者生成的原因與其合理性進行論述。Nussbaum 認為，情感與慾望相異處在於：慾望乃是趨近於純粹生理上需求，是生物體源於其存續本能上的反應，如飢餓；而人類的情感則是來自於一種信念，具有一意向對象(intentional object)，並且涉及情感主體對特定事件的價值(合理性)判斷²¹⁴。據此可以歸結出情感的特徵：人類的情感係奠基於對事物的評價性認知，而此一認知內容將連結到當系爭事物受到冒犯時，人類情感上反應的嚴重程度，並由是產生規範需求與規範正當性。

就性的特質以及人類面對性的感受，Nussbaum 提出了一種「性羞恥」的觀點。Nussbaum 認為，羞恥的經驗根植於人性之中，而此種羞恥的來源乃是基於人類試圖遮掩本身的脆弱性與必死性²¹⁵，亦即人類千方百計想要擺脫其與原始動物性之間的關係。人類懼怕死亡，懼怕自己的不完美，而當人類凝視著自己帶有生物一切性質的肉體時，將意識到自身與生俱來的缺陷，以及提醒自己終有一天必須面對死亡的事實。因此，人類透過一連串的社會行為模式，希望將這些令人驚怖擔憂的事實杜絕於眼前，打造出一種安心安全的生命形象。

而人類的性，正是一種特別容易使人產生上述生物性與必死性感知的活動，

²¹⁴ *Martha C. Nussbaum* 著，方佳俊譯，《逃避人性：噁心、羞恥與法律》，2007，頁 63-71。

²¹⁵ *Martha C. Nussbaum* 著，方佳俊譯，前揭書，頁 178。

因為在性行為當中，人類必須在滿足慾求的同時，看見、聞到、觸碰自己赤裸裸的動物身體。人類在性之發生時裸露，至少是部分裸露。這代表人類在從事性行為時，不得不卸下千百年來遮掩其脆弱性的屏障：衣物。人類在性關係中將會變得格外脆弱且易受傷害，這讓人開始想要把這類的活動遮掩起來²¹⁶。與性之羞恥相關的另外一種人類情感叫做「噁心」，同樣也是來自於人類對於自身動物性的畏懼心理，認為某些事物乃是不潔的、將對周遭造成汙染的，從而對其產生排斥感，藉以擺脫自己與動物性的連結²¹⁷。這些受到排斥的事物，大多帶有陰暗、潮溼、腐敗與黏膩的氣息，因為此類氣息讓人聯想到衰老與死亡。而性行為正是具有這類氣息的代表，這說明了為什麼人類最希望遮蔽的部位，即是具有上述多項特質的性器官。

人類對於性，抱有一種與「想要發生性」相矛盾的排斥、噁心情感，尤其是在女人身體上所發生的性：女性胴體溫軟而又黏膩，她們是體液的承受體，而被排出體外的液體（精液）被認為是骯髒腐敗的來源²¹⁸。

第二款 身體與自我意識之構建

Whitman 歌頌身體，禮讚著身體即我們的靈魂；然而由是，人類也在自己終有一天會歸於霉壞腐臭的身體上看見了靈魂的幻滅。「性」——身體與身體的觸摸與交纏，激起散發強烈氣味的體液分泌，在人類耳畔嘶吼著關於此一生物有機體的現實。最原始的性交型態伴隨著生殖目的：在腐敗的必然性裡產出新生，個體消亡換取生物族群的繁衍，蟲魚鳥獸無一不在求偶與交配瞬間，迸發出幾乎超越單一個體所能承載的璀璨能量，而後隨著嶄新個體的誕生與成長，老舊的生物體將被自然所吞噬，化作春泥，週而復始。

²¹⁶ *Martha C. Nussbaum* 著，方佳俊譯，前揭書，頁 334-335。

²¹⁷ *Martha C. Nussbaum* 著，方佳俊譯，前揭書，頁 151。

²¹⁸ *Martha C. Nussbaum* 著，方佳俊譯，前揭書，頁 180-181。

與此相對，人類的性，在生殖行為之外滲入了更複雜的情感構成。與其他族群明顯相異的是，人類對於「自身」——尤其是主觀世界的關注，遠遠超過地球上其他生物（就此一關注起源的討論，詳見後述）。透過對於外界事物的社會性認知，人類就自己的主觀情感加以分析，並且運用語言將這些情感細緻化²¹⁹，然後進一步依據對這些情感的正面與負面評價結果，分別加強它或抑制它。經由關於情感世界的理性言說（論述何謂正確與不正確的情感，何謂合宜與不合宜的情緒反應），人類也越來越須要精密地掌控自己顯露於外的行為舉止，以及適切地安排自己與他者間的互動關係。而這一連串掌控與安排之過程，即被認定為一種人類自身具備絕對價值與意義——「主體性地位」——的證明。這一連串評斷與選擇，就是所謂的「自我決定」。

於是，「性」與「主體」間之連接鏈，透過身體—情感—決定的信念模式被建立起來。身體是「我」，是我的靈魂，是我要遮掩隱藏的必死證據，是我要清除切割卻無法遏抑的噁心來源，是我與他者產生互動的起點；我分析對於身體的情感，並且也是由我，決定這些情感在生活中擺放的位置、功能與重要程度。在此其中，我是權利擁有者，也是權力施行者。我在對於身體與情感的決定中，證明了我的主體性。而性之發生所牽涉者，正是上述兩件要素的劇烈化學反應：性是身體的，也（不僅僅是慾望且）是情感的。因此，對「性」之安排是實現「我」的重要步驟。要由我來決定性。

第三款 避免羞恥感的主體決定

按照上述邏輯，在此一種對於性的普遍圖像產生了：性可以是欲望滿足，可以是生殖媒介，可以是享樂取悅，但更不可忽略的重點是：性的發生必須符合性主體基於其評價性認知所引發的情感，必須來自於性主體所為的私密性決斷。人

²¹⁹ Nussbaum 將人類的情感區分為羞恥、噁心、憤怒、尷尬及愧疚等等，並且一一分析這些情感的「合理性」，基本上就是這樣一種細緻化的工作。

有權利決定何時要暴露自己的脆弱，有權利決定在何種狀況下貼近死亡與動物性的歡愉，有權利決定在何種條件下與得到自己認可的他者發生身體或情感上的連結。是以，一種「在個人尚未做出任何關於性的決斷、尚未自願性開啓此一羞恥活動時所發生的性行爲」，便是理想性圖像的破壞，此一性圖像的破壞將使人毫無預警地被拋入羞恥與噁心的負面情緒中，進而引起被害的感覺。並不是上述決斷行爲本身，而是一種「必須先有主體決定才有性」的觀念被侵害了。

於是這似乎可以解釋在性犯罪發生後，被害人的感受與來自社會的反應何以會如此激烈：相較於其他犯罪的被害人，性犯罪被害人極易感到羞恥，不僅僅因為他在「我」沒有進行決定的情況下，暴露了動物性與必死性，更是由於伴隨著性犯罪發生的事實，提醒了社會上其他個人的動物性與必死性。「強暴是一種針對性器官的攻擊，有種見不得人的感覺，它代表著骯髒的性行爲。」²²⁰所謂「骯髒的性行爲」，反映著人類基於對自身腐朽凋零之必然所產生、希望將其隱藏的噁心情感，而將藉由犯罪事件魯莽地揭開這塊遮羞布的肉體接觸行爲評價為「錯誤並且骯髒的」。人們不想在飯桌上談論性與身體的細節，這讓性犯罪成為一種難以言說——確切來講，是難以寫實並精準陳述的罪行，如同一個遙遠、悚人聽聞的鬼故事：有誰能描繪出魅惑行旅的妖怪容貌？事實上是，沒有一個人能夠，甚至沒有人承認自己曾經迷失在闇夜密林之中。而越是這樣的難以言說，越是讓人對此類犯罪感到恐懼莫名，對於膽敢犯下此種罪行之人感到深惡痛絕，認為性犯罪「代表了最不堪的罪惡」，因為它「是唯一能夠讓受害者和加害人一樣抬不起頭來的暴力行爲。」²²¹

第二項 傅柯的性—知識—權力史觀

按照 Nussbaum 的看法，個人之性圖像作為一種必須保護的法益，其理由來自

²²⁰ Nancy Venable Raine 著，王秀婷譯，《沉默之後》，2001 年，頁 65。

²²¹ Nancy Venable Raine 著，王秀婷譯，前揭書，頁 91。

人類對於自身動物性之畏懼，與對身體—自我決定的重視。設若我們接受這種看法，然而，要是更進一步問：究竟是從什麼時候，人類開始**意識到**性行爲對於自身脆弱性與必死性的情感提醒作用？我們社會對於「性」所懷抱的複雜情緒反應，又是如何生成？換句話說，人類從何時開始對人類的性行爲開啓無盡的言說與注釋？

「性」這個主題所引發的吸引力如此強大，足以使人忘卻生命深層、潛在懼怕死亡的情感，直接專注在性行爲本身。性，成為法律直接凝視的對象。進一步，用更宏觀的角度言，人類什麼時候開始**凝視自身**？人類族群在生物繁衍的漫長歷史上，對於自身的肉體與生命，何時開始產生此種強烈的關注？關於這一點，我們無法忽略傅柯（Michel Foucault）在其《性意識史》一書中所提出的歷史觀，以及對於主體性實現所進行的一系列探討。

第一款 性與自我注視：一種權力技術

人開始注意到自我的肉體，開始用心想要探討生命的奧秘，開始致力於主體的覺醒與實踐，與人類看待「性」的觀點有緊密的關係（而也正是因為專注於自身肉體與靈魂，賦予其聖潔無瑕的理想化形象，方才開啓了自人體上將動物性驅逐出去的漫長戰役）。人類透過一連串階段，織綴「性」與「主體」：人類為其從事的「性」蓋上一層厚面紗；而後人類觀察性，試圖去「揭開」性的神秘面紗；人類分析性，將性收編進宗教事典、法律條文、醫學知識；人類透過對性的自白，「發現」關於自我的真實。人類對於性的感知與經驗，亦即人類所抱持的性意識，成為自我的忠實代言。性意識蘊含著主體實踐。

然則，在傅柯的眼中，上開人類的性意識以及性主體觀並非渾然天成，亦非來自於生命最初的先驗真理，而是一種被語言技術建構出來的產物。自性的神秘色彩、性與主體之間的緊密連繫，到人類透過認識「性」來確立自己的主體地位，

這一切環繞著性與主體所開展出來的論述，乃是透過一套對於「性」系統化、專業化的言說——性知識，所教導給人們的觀念。

在表面上，性似乎受到來自統治階層的壓抑，有關性的話題被禁止談論，性的發生受到嚴密監控，不正常的性：肛交、亂倫、人獸交，受到來自道德、法律與醫學的凝視，人們必須在檯面下從事性行為，必須要想像一種「正確的性」。從而，人類的歷史似乎被解釋成為了對上述壓制權力進行抗禦、追求肉體與情感上性之解放而進行的一系列奮鬥史。

然而，傅柯指出，這種「性壓抑與對抗性壓抑」的態勢，實是到了近代才出現在人們的認知之中。此一看似已長久存在於人類社會中的事實，是直至十七世紀才發展起來——與資本主義社會同步產生²²²。強調過去歷史上對於性的壓抑，將性壓制與經濟政治上的勞動力生產結合，讓性壓抑這件事不僅成為一種「長久存在的事實陳述」，更讓「反抗性壓抑、力求性解放」成為人類恆常的革命任務與獲致肉體幸福的方法。但是事實上，這種表面上的「性壓制」本身，其實正是一種對於性的語言刺激。關於性的言說本身即具有某種內在的權力戰術²²³。性壓制只是權力技術的次級裝置，它的作用在於引起人們對於性的談論欲望。傅柯所要研究的正是這樣一種「權力多樣化的技術」²²⁴。

正是由於對性的大量規制，各式各樣描述性的語言開始出現。因為人們被要求以「正確的身分、正確的時機、對正確的對象、以正確的態度與正確的用詞遣字，真實無誤地」訴說性。在家庭、學校、教會、醫院，性行為被細緻地區分、歸類、實驗，人們開始對性產生高度興趣，開始以前所未有的熱情，秘密地、但又興致勃勃地談論性。傅柯以十八世紀的中學為例，勾勒出一幅「表面上不談及性，但事實上一切環境都與性有關」的校園形貌：硬體設施的建築者以空間佈置、

²²² Michel Foucault 著，尚衡譯，《性意識史，第一卷：導論》，1998 年，頁 5。

²²³ Michel Foucault 著，尚衡譯，前揭書，頁 63。

²²⁴ Michel Foucault 著，尚衡譯，前揭書，頁 11。

組織者以各種預防措施和規定（宿舍門禁、就寢時間等等）提醒部分權力施行者「必須要注意到兒童也有性的問題」。學生則受到來自於管理者的要求，必須學會用一種理智、節制、合於規定、真實的話語來談論性。「這有點像一種語言矯正學」²²⁵。於是，對於社會而言，性「並不是一種被做的事，而是一種被說的事」²²⁶。這種反面深化的效果是顯而易見的：禁令伴隨著問題而存在，越是禁止，越是加以規制，越發凸顯問題的重要性，越能激起人們談論的興趣²²⁷。傅柯在《性意識史》的第一卷，便點出這樣一種禁止與刺激性話語間的關係：「……認為只有排除某種障礙、消除某種秘密，才有可能找到通向性的途徑。這種觀點是否也屬於刺激性話語產生的指令範圍？難道不正是為了刺激人們談論性，讓他們不斷地重新開始談論性，性才被強行堵住了嘴，如同人們必須去探求的某種神秘的東西，在一切現有的話語之外閃著誘人的光芒，成了人們必須談而又難以啓口，既危險又重要的東西？」²²⁸對性的壓制其實只不過是提升性之地位與強化人們關注性的手段。

第二款 標註性反常：權力對人體的滲透

同樣地，性的病理化——透過對於一連串性反常²²⁹的標註：縱慾、性需求不滿足、手淫、體外射精（無法達成生殖目的的肉體享樂活動），近代醫學與精神病學建立起對於性的系統知識。對於性的控制機構自教會轉向醫院，更仔細地管理人類的肉體享樂活動，干涉夫妻之間的性生活。並且，如同前面對於性禁制所引發的效果一樣，對性反常的定義以及對異常性傾向的專業上診斷，成功地重新激發

²²⁵ Michel Foucault 著，尚衡譯，前揭書，頁 25。

²²⁶ Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯，《傅柯考》，麥田，2006 年，頁 129。

²²⁷ J. K. Rowling 的暢銷系列小說中，有段對白討論到如何讓全校同學對一篇專訪產生興趣：「有件事，她只要肯做，那學校裡的人百分之百都會看這篇專訪，那就是下令查禁！」參 J. K. Rowling 著，皇冠編譯組譯，《哈利波特 鳳凰會的密令（下）》，2003 年，頁 640。

²²⁸ Michel Foucault 著，尚衡譯，前揭書，頁 30。

²²⁹ 關於這部分的深入論述，可參考甯應斌，〈獨特性癖與社會建構：邁向一個性解放的新理論〉，《臺灣社會研究》，26 期，1997 年 6 月，頁 69 以下。

起人們對於正常性活動的興趣，確定了從童年到老年性發育的標準。不過必須注意的是，標註性反常並不代表要將其根絕。恰恰相反，自十九世紀至今的社會以各式各樣的方式鼓勵性反常行爲，權力機構一方面發現性反常並且將它排除出去，另一方面卻又在醫學領域、在校園內部、在每個家庭的床底爲其提供落腳之處²³⁰。

這種說法乍聽之下十分難以理解，不過我們只要對今日的社會稍加檢視，就知道傅柯所言非虛。在網路上輸入關鍵字，便可以輕易搜尋出大批大批的反常性享樂資訊，並且發現它們已經在此一社會生活當中被固著定位。來到日本，選一個早上搭乘擁擠的通勤電車，會發現身邊西裝筆挺的上班族正聚精會神地閱覽關於在辦公室裡性交、學生強暴老師、郊外野合、與兒童性交、以器具輔助排泄與達到性高潮的刊物。走進書店中的成人區，一個人可以迅速地依照自己的性嗜好找到想要的性資訊：從清純、自拍、激情、制服、蘿莉，到偷拍、人妻、亂倫、暴力、性虐待、幼童、觸手、同性戀——是的，曾幾何時，對於性的偏好被如此鉅細靡遺地分類歸檔，讓幾乎所有具有不同性反應、需要不同性刺激的人，都可以在一個既定的類別當中找到與自身相符合的肉體享樂方法？

再回頭看我國法規範中的例子，大法官會議第六一七號解釋中所稱的「硬蕊」與「軟蕊」，將性資訊區分爲「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」以及「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」；第六二三號解釋中以系爭性資訊是否「以兒童少年性交易或促使其爲性交易爲內容」，決定要不要將其納入兒童及少年性交易防治條例第二十九條所禁止傳布的範圍，也同樣是對於人類肉體享樂方式的細緻化論述，用「硬蕊」與「兒童性交易」爲性反常行爲命名、固定下來，進而運用國家權力下的法規範，分別針對正常與反常性癖好，就其能夠讓什麼人、向什麼對象、得否以及以何種方式呈現或傳布等等，進行管

²³⁰ Michel Foucault 著，尚衡譯，前揭書，頁 31-45。

理與收編。

去誘發並且定義性反常，把人類「正常」與「不正常」的性區分開來，這其中的意義可以就兩方面進行解釋：其一是透過此種正常—異常的二元運作機制，形成正常化的技術²³¹；這樣的正常化技術配合性的本質化（詳見後述），即可完美勾勒出理想中「正常人」的性意識形象，並且實際用以檢證所有社會成員的本質，辨識出「不正常」的個體，並且基於其異常本質將之病態化、妖魔化，藉以作為後續差別對待的理由。其二是權力對於人體的全面性包覆與全面性滲透。權力關係出現在所有正常與不正常的性活動中，追蹤、展延這些活動，讓權力得以進入這些活動裡繼續運作，在逸脫婚姻與生殖目的的肉體享樂上建立權力中心。這些外圍性活動的促發與描述，正是建構人類性意識的權力技術。傅柯指出：「權力正是這樣透過對非婚配性行為的辨別、強化與固定，使其與性和肉體享樂的關係日趨細密和多樣化，逐漸佈滿人的身體並滲透進人的行為中。隨著權力的增長，原本雜亂無章的各個性活動才分別在一定的年齡組、一定的場所、一定的嗜好及性實踐中固定下來。」²³²

第三款 性的自白與主體的真實

而就在這種對於性的高度關注之下，個人的主體意識和性意識一起被深植於人類的腦海之中。這個過程牽涉到人類關於性的自白。詳言之，社會要求人們（依照一定的儀式）誠實訴說自己的性。兒童與少年必須誠實向父母以及教育施行者訴說自己的性，藉以從中了解自己的身體、性的正常與異常樣貌，以及在未來正確地從事性活動。在中世紀，性享樂行為被視為罪惡，人們必須以懺悔形式向神父訴說性；到了近代，性享樂被醫學與精神病學收編，人們轉而必須向醫生訴說自己的性。一門依靠自白形式與內容的科學，一門要求人類自行透露隱私的科學

²³¹ 參林志鍵，前揭文，頁 116。

²³² Michel Foucault 著，尚衡譯，前揭書，頁 42-43。

於焉產生。為什麼對性的自白如此重要？因為個人的性乃是隱晦、神秘、潛伏不顯的，甚至連個人自身都無法摸清。只有透過自白：自己主動訴說的機制，才有辦法經由這個說話者與傾聽者共同參與的過程，讓人看清楚關於自身的真實。

——不過，在這背後操作的仍然是權力技術。傅柯認為，這種對於自白的詐取，同樣是一種權力施行。事實上，從自白產生的形式中就可以看到外顯的權力關係：「在自白這一言說形式中，占領導地位的不是說話的一方（因為他是被迫在訴說），而是聽話的一方，沉默的一方；不是瞭解事實並作出答覆的一方，而是提出問題且不一定瞭解事實的一方」²³³，也就是由聽話者向訴說者宣稱：「你不知道其實你知道。」²³⁴不過，以自白科學為手段的權力重點核心是向內的：「最終，這真實的言說不是對聽話人，而是對被迫訴說的人發生作用」²³⁵。是權力中心透過對個人自白的強調，逆向加深了性是神秘、私人而能夠從中反映自我的特質。甚至應該要說，自白這種說話者與聽話者間曖昧不清卻又無處不在的親密連結，讓這話語的吐露與詮釋過程本身變得神秘神聖、不可或缺。

是以，與其說是「性的隱藏與潛伏本質讓關於性的自白變得重要、成為通往自我真實的不二法門」，不如說是「強調關於性的自白使得『性是隱藏潛伏且能從中獲得自我真實』之命題成真」。而在人類被強迫專注於吐露性之自白的同時，性與自我的聯繫被穩穩地確定下來。亦即，要求人類自白的權力運作模式，在自白者意識中嵌入了這樣的基本觀念：性，透過揭露那些深藏在人類身上的東西，告訴我們關於我們自己的真實，建立起關於我們自身的主體意識²³⁶。要由我來述說我的性。性即是我。

若說在許多文明脈絡下，性所扮演的乃是一種「快感工具」的功能，那麼傅

²³³ Michel Foucault 著，尚衡譯，前揭書，頁 56。

²³⁴ 參李茂生，前揭書，1998 年，頁 262。

²³⁵ Michel Foucault 著，尚衡譯，前揭註。

²³⁶ 這種人類對於自白與自我真實之間的信仰，在今日的刑事追訴程序中仍屢見不鮮。關於這方面的深入論述，詳見李茂生，前揭書，頁 91 以下。

柯認為，性在西方文明裡係擔任著人類慾望開展母地的工作，並且同時揭露了慾望主體的真理。亦即，西方的性特質裝置乃是：「告訴我你如何慾望與慾望誰，我就可以說出你是誰。」對於人們來說，人類的性係將主體及其慾望之真理置入遊戲規則中。在人們進行關於性的自白，並且透過大量專業語言將這些肉體享樂型態加以固定之過程中，或許已然發明了一種新的快感形式：將我們的性置入言詞的快感²³⁷。

第三項 現代資本主義社會下的性主體觀

第一款 傳柯所謂的生之權力：近代個人與主體性之發明

在此我們要進一步探討關於「主體」概念的起源。前文中提到，作為主體性擁有者的個人，在近現代社會中具有舉足輕重的地位。由個人集結而成的社會場域，制定了以維護個人權益為中心的法律，法律規範所要保護之對象即為個人基於其主體地位所實踐的自主利益：生命、身體、自由、財產；即便是社會或是國家法益的保障，最終也應該以個人生活機能之確保為依歸，可以說在民主國家中，法律規範存立的正當性來源就是圍繞著個人而開展的。而個人價值的核心，即在於其主體性，由主體性所產生的人性尊嚴論述，賦予每一個個人獨一無二、無可替代的絕對價值，論者並且認為，這樣的價值乃是「『先於國家』之自然法的基本原理」²³⁸。

然而事實上，如果要解決本文最後所欲探討的精神障礙者作為性權利主體之刑法適用問題，其關鍵正是要去檢討這一系列關於個人與主體觀念的論述。傳柯對於權力形式在歷史上的流變，指出在近代，權力技術的運作方式有了根本性的改變，產生一種新的權力技術內涵。這種權力技術的內涵是什麼？這種新型的權

²³⁷ Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯，前揭書，頁 129-130。

²³⁸ 參本章第二節蘇俊雄大法官協同意見書。

力技術，與傳統王權致人於死、放任其生的「牧羊人＝祭司」型態權力相異，這是一種「治理生命」的權力：「讓『個人』生存下去，抑或將之廢棄到死亡的廢墟中的力量」²³⁹。前者乃是死的權力（權力積極造成死亡，消極任生命延續），後者則是生的權力（權力積極管理生命，消極任生命斷絕）。

此種「生的權力」核心在於對個人之重視。權力作用的對象不再是籠統的家族群體、或是沒有臉孔的民眾，而是具有主體性的個人。確切地說，正是近代權力為了要調整其作用方式，而「創造」了個人與個人主體性。在此同時，一種「理性的個人形象」被確立下來，而權力施行者透過對於個人、個人主體性以及個人理性的強調，促使權力網絡中的人們不斷回頭關注於自身、對於自己的生命進行合於理性標準的治理與經營，並且從中完成主體意識的覺醒²⁴⁰。在現代社會，權力的最高職能不再是剝奪個體的生命，而是從各方面包圍生命。

基於權力對生命進行治理之需要，這種個人主體性的意識必須不斷被喚醒，盡可能自多方面予以增幅。「客體化」即是因應此種需求而產生的概念。正因為社會現實一再地將人客體化，從而個人必須要不停反省以確認自己的主體性地位，身為主體的自覺乃就此深深植於人們的腦海，成為省視現實中自我的「絕對第三審級」。換句話說，我們之所以要去區分客體化的對象與行為，就是為了反照出主體性的內容。在此過程中，人類將進行持續的自我批判，讓作為絕對價值的主體性越來越清晰明確；這種個人所擁有、不可替代不可磨滅的主體性價值，便是現代社會經濟體制中最重要的「資本」²⁴¹。

第二款 性作為強化主體意識的權力技術

而個人的「性」，如前文所述，正是強化人類對身體與自我關注、連結個人主

²³⁹ 參李茂生，前揭書，頁256。

²⁴⁰ 參李茂生，前揭註。

²⁴¹ 關於個人主體性的深入論述，參李茂生，前揭書，頁258-268。

體意識的重要環節。因為人們相信，性活動過程將連結到自我決定，並且可以說是最重要的主體實現形式，於是對於性關係的詮釋學從此被收歸到主體—客體二元論述軌域之下：一方面，當人們在談論主體與自我實現時，不能不講到自我的身體與自我的性，關於性之身體自主權成為證明主體的起點。另一方面，論者在各種性關係中找尋主體，並且千方百計地想避免「不可忍受、最終的」客體化情形發生；分析性關係中的個體，檢驗是否有一方或雙方在此一關係中失卻了主體地位而淪為客體，由是對於特定的性活動或性關係樣態進行評價。透過這種先驗意識的連結，讓性與主體概念互相滲透並互相強化。像是比賽獎盃一般，「主體性之終局確保」成為各方競逐的目標，誰先建立起一套無懈可擊的理想性活動模式，誰就是最後能幫助個人實踐自我、確保其主體地位的贏家。

透過與主體價值的連結，以及透過各種異化過程所形塑出來的理想主體形象，「性」乃成為權力用以控制生命的利器，透過凝視婦女、兒童、夫妻與性異常的知識，培養社會的性意識，權力技術得以發展管理生命的兩大形式：人體與人口²⁴²。一方面讓個人對於自己的身體進行訓練（營養、健康與健全生命的關聯），而後這樣的個人得以順利地成為資本並投入生產工作；另一方面則是透過對於性的知識，建立起婚姻與家庭制度（從宗教倫理到醫學與優生學），養育出優質的新勞動力，再一次投入生產活動、創造商品價值。更重要的是，運用一種性本質之論述方式，讓一種「正確性圖像」的內容就此在社會中生根，社會成員乃認為自己是基於主體意識下的自我決定，實現符合上述性圖像的性之活動，藉由此一過程，作為資本的勞動力得以不斷地再生產（詳見下述）。

²⁴² Michel Foucault 著，尚衡譯，前揭書，頁 90；118-119。

第四項 資本主義社會下的「性之政治」

第一款 理想性圖像與生產力提供

如上所述，當性與主體變得密不可分時，對於這兩個概念進行闡釋，為其勾勒出一定的「本質」，就可以打造出一套社會上理想的行為基準。所謂理想行為基準，也就是符合於現代資本主義社會需求的行為價值觀。為了讓資本不斷投入與再生，社會需要性，需要具有主體意識的成員，由是透過對個人身體的專注使人重視性，只不過單是這樣還不夠，現代社會必須進一步介入個人具體性圖像的內容，此一內容必須能夠適當地和其他適當人類舉止相調和。

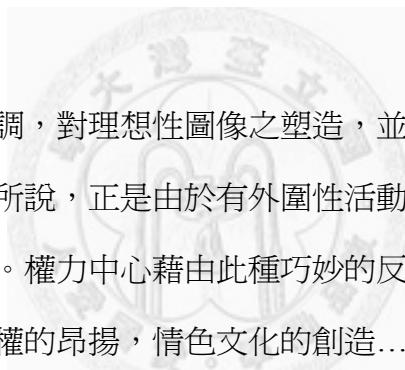
一方面，從資本主義社會的勞動力再生產、確保未來勞動力創造生殖目的來說，不可能在形式上將性活動禁絕；但是另一方面，社會對於人類的慾求，亦不能完全不加以控制。於是，一種對於性的「淨化」程序就此展開。將性活動中關於肉體享樂、黏膩腐敗與動物性、勞動力付出與商品化的連結去除，轉而使用愛—性—婚姻家庭的論述模式來建構人們心目中正確的性圖像。

詳言之，先將「性」與「愛」相結合，賦予這種基礎下發生的性活動一種正面絕對價值，亦即性是愛的證明，而愛是（理想中）性之前提，此時發生的性活動不能換算為價格，也就是否認性的勞動本質，讓「非勞動的性」幫助個體自從事生產（勞動）的壓力中釋放，個人藉由與另一個體發生性行為，主觀上產生慾望與心靈的雙重滿足，於是得以再次回到勞動的世界²⁴³。這也就是為什麼商品化的性雖然消極地得到法律承認（蓋當純粹生理上的慾望無法單由情感關係中的性來滿足，或是無法讓每個人都經營一段包含情感與愛的性關係時，商品化性活動就因應這種市場需求而出現），但它不會成為一種被社會和法律稱揚的性關係；商

²⁴³ 李茂生，前揭文，頁3。

品化的性與愛情所包裹的性永遠是分離的，今天，具備固定情感關係的個人仍可能會去消費商品化的性，例如一個有配偶的人可能會付錢和援交對象發生關係，也承認這樣的性是一種商品服務，但我們不會說這個人回家以後，太太或先生與其發生性行為是在提供一種勞動，更不會說這樣的性行為具有商業價格。

其次，理想性活動的這種特質，進一步與婚姻制度結合：將性鎖入家庭。性與婚姻結合，確保的是有源可考的後代，以及精緻的養育活動²⁴⁴。此外，性的隱密本質——在私領域、他人無權可見無權聽聞的地方發生，體液與氣味不會進入公領域，符合了人類避開脆弱與腐朽的理想化論述。我們將這樣的性生活稱做幸福，並且大力讚頌它，讓這樣的性成為社會推崇的價值，個人追求的夢幻童話，「正確性圖像」於焉誕生。



不過，在此要再度強調，對理想性圖像之塑造，並不意味著對於外圍性圖像之禁絕。相反地，如前文所說，正是由於有外圍性活動的存在，理想性活動之價值才得以益發被凸顯出來。權力中心藉由此種巧妙的反饋—激發過程：一連串性解放運動，自我身體決定權的昂揚，情色文化的創造……性活動越來越多元，但沒有哪一種能真正推翻「純潔性圖像」的價值。外圍的性圖像越是繽紛，穩坐圓心的愛—性—婚姻家庭就越顯得白皙無瑕，像是床前明月光。這就是資本主義社會下關於性的政治學。

第二款 主體實現的嵌入

性解放運動所觸發的一系列爭議：從針對性活動自由相關命題，如性之商品化、婚前性行為、婚外性行為、同性性行為，延伸到身體自主權下的墮胎、結紮問題，激起一次又一次的價值辯證，關於性活動對人類的各種意義與價值被不斷發掘並確立下來，為此論者（知識擁有者）創造出各種關於性活動模式的新概念，

²⁴⁴ 這部分的深入論述參李茂生，前揭文，頁3-5。

並為其注入內容，而這些新概念則反過來註記出特定的人類生存態樣，成為新的行為分類標誌。當人們喊出：「性解放即主體實現」、「先有主體才有性」，「主體」概念成為萬眾矚目的指北針，「在一段性關係中要怎樣才可謂主體的實現與確保」這件事也就成為最重要的問題點，人們於是必須為主體性下一個定義，從而「客體化公式」——自主體之對立面來證成主體的「客體」概念乃由是誕生。

原本主體性之保有是用以檢驗人類行為的基準，亦即作為抽象超然的最終審級而存在，但是，人們為了要賦予主體性更具體的內容，運用了與其相對的客體概念，在辯證主客關係之時，又要藉著對人類（主客觀）行為世界的詮釋來進行，於是又得創造出更高一層的檢驗標準，到了最後將會發現，所謂主體性與主體之實踐，反映出來的仍然是建立主體論述者其心目中理想的人類行為模態。重點是，當特定論述滲透進入社會網絡中，人們也就開始相信：依照此種行為模態來生活，自己的主體性才有可能真正實現。「自我決定與主體實現」，開始帶著它不容置疑之絕對價值，為理想的性活動圖像背書。

人類在探討自身陰暗面與其應對之方時，也一樣落入理想行為模式的矛盾裡。為什麼人類會如此厭惡自身的動物性與必死性？Nussbaum 將其歸結至人類懼怕脆弱、拒斥承認自身不完美、遮掩理想挫敗心理的「人性（humanity）本能」，主張這一類的羞恥與噁心乃是人類與生俱來的原始情感。自佛洛依德著名的原始自戀與黃金時代理論來看相當說得通，Nussbaum 並且舉了不少臨床醫學上的實際案例來證明，脫離母體子宮的嬰兒如何從自我中心的世界裡感受幻滅，並且此種不適足（inadequacy）的自戀挫敗在此後的生命歷程裡如影隨形²⁴⁵。

誠然，當我們在越來越多的個體上觀察到相類似的情感變化，在越來越多的不同社會裡感受到相類似的價值經驗，好像就越可以證明這樣的情感來自於人類原初的本然，而將其歸入人性本質之一環。只不過，當我們用文字試圖勾勒出一

²⁴⁵ *Martha C. Nussbaum* 著，方佳俊譯，前揭書，頁 282-285。

幅厭惡自身脆弱與必死、希望將其完全遮掩的人性圖像時，難道不是更進一步，將人性推向更細緻化、產生更多異化可能的完美模型中？亦即，當論者在挖掘、發現人性之時，是否也在打造一套人類自處與處世的指標，進而「發明」了人性？

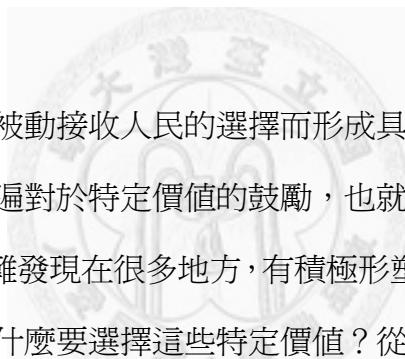
Nussbaum 在呼籲人類應正視並承認自我的不完整性、追求對他者的自由平等對待過程裡，將人類情緒區分為數種不同類型，例如將羞恥區分為有益與無益之羞恥，前者得以作為輔助社會與國家追求「能力取徑」提升人類全體生活的手段，這難道不是換一種講法，再次將人類推向理性與完美的修煉之路？這樣的論述結構，是否已經在不知不覺間強化了一種人類在等級或能力上確實具有差異性的價值觀？亦即，雖然 Nussbaum 鼓勵人們接受自己的人性——脆弱與必死，但她也承認健全與純潔仍然是人類追求的高度價值，越是在各方面能力上趨近圓滿的個體，在價值觀上確實越是屬於贏家；並且，在對於一個人的行為做出評價時，要其能正視自己的弱點並努力改善、看到別人的脆弱並出手相助，其行為才為社會公益所取，才是比較高尚而值得推崇的行為模式。在這樣的價值觀下，對於要求人類帶著無私、平等、自由之態度來相互對待的理想來說，會不會更加困難？這樣的評價標準，是否能讓個體擁有依其自主特性進行自我認同、自我肯定的空間？

第三款 主體背後的權力流動與資本主義再製

上面的過程乃是一種語言構建與權力技術操作，但應留意的是，在這裡並未存在著一個特定權力擁有者或謀略推動者，換句話說，現代權力核心並不歸屬於任何一個類似傳統國王般的具體存在，而是以整個國家機器為單位，多發性、流動性、遍布整個社會的權力網。個人在追尋主體地位、從事自我決定的同時，不自覺地被捲入權力網絡中，然後再創造新的權力關係，反饋給整個系統。詳言之，每個個人其實都是立於對自己有益的考量點上，對特定政策進行選擇，而許多個人的利益選項加總起來，重合最多之處就被灌上「公益」的名字。然而，值得進

一步探究的其實是：個人在進行衡量的時候，那個「對自己有益」的認定是怎麼形成的？

這個問題乍聽之下似乎很簡單，有人或許會說：每個人考量的東西不同，端視個人主觀想法而定。不過，如果去對照現在社會上多數人的想法，會發現在今日，有一些東西或價值，比過去更容易被多數人認為是「好的」或「有益的」，從而大家用這樣一套價值觀去選擇出某些政策，叫做「基於公益的選擇」。而這些價值，偏偏剛好都會符合一些資本主義社會用以衡量人類價值、人生幸福與否的判準，這些政策又剛好跟推動資本主義、使其愈形發展的有利點相連通²⁴⁶。這些關於現代多數人主觀想法的描述，反映的或許是今日世界普遍受到資本主義價值觀影響的事實。



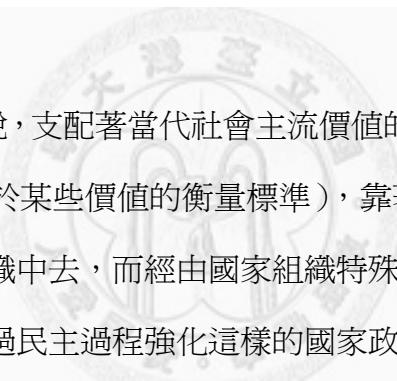
而國家，看起來像是被動接收人民的選擇而形成具體政策，但是，其實從很多地方觀察，例如政府普遍對於特定價值的鼓勵，也就是「執政者對於何謂公益的詮釋與提倡」，對此，不難發現在很多地方，有積極形塑人民想法的成分在裡面，那這又是為什麼？政府為什麼要選擇這些特定價值？從個別執政者角度而言，當然不免基於其政治生涯上的利益（這個「利益」的定義不免亦涉及前述個人價值選擇的討論）做思考，也就是政績與選票需求。在此一「執政者努力促成公益→成為政績→選舉資本」的流程中，對於政績的「評論標準」，再度回到「公益」具體內容的探求上。於是，資本主義價值似乎又浮現了。

在這個過程中，國家機關可以達到擴充其權力的效果，而就個別機關職掌者來講自然是有利的，因而順從這個潮流、運用國家機關權力來加強這個流程就成為常態。因此從這個角度上來說，資本主義到了今日，已經不是扮演古典時代與

²⁴⁶ 當然，同樣的價值或概念，可能在過往歷史脈絡中亦曾經出現，並且擁有不同的價值與內涵，例如說優生學跟生育控制等等概念，最早是由柏拉圖所揭示的，在柏拉圖的年代，現代意義的「資本主義」概念根本尚未出現。不過，到了當代，使用資本主義角度去詮釋這些概念與政策，依然可以找到解釋空間。一個概念或政策到了另一個時代，可能會被論者基於不同目的加以使用，這也是屬於語言任意性特徵的一環。

中央王權、與國家相抗衡的那個角色了，它反而與國家政治權力緊密結合，透過國家來傳布它的核心價值（可以說國家反過來被資本主義「工具化」了）。

更弔詭的地方是：在現代，這個讓國家控制增幅、擴張社會權力網的過程，其實是藉著上述多數個人基於自主意志的選擇而來。換句話說，資本主義在表面上並未將「自由主義」價值打入冷宮，反而是繼續標榜著自由主義價值，強調要讓個人自己做出選擇。但是在此同時，個人的主觀價值卻已經被資本主義全面滲透。於是，個人不是被某個權力機關恫嚇脅迫，而是「自主性」為之：自願地接受甚至主動要求國家權力的強烈干預，並且樂在其中。「自我規訓」——傅柯用以指稱此一現象的用語，生動地描述出個人在現代資本主義社會中被逐步收編的現實。



到了最後，或許可以說，支配著當代社會主流價值的一些資本主義「元件」（即對於生活方式的選擇與對於某些價值的衡量標準），靠著多數人所定義的「公益」內涵，滲透進國家機關組織中去，而經由國家組織特殊而具壓倒性優勢的權力資源反饋給社會，社會再透過民主過程強化這樣的國家政策運作，彼此相互增幅，最後客觀上導致原來那些資本主義價值內容愈益穩固，這就是傅柯所謂的資本主義自我再製。

第五項 小結

到此，我們可以統整一下傅柯對於「性與主體之間是如何產生緊密連結？」這個問題的看法。如上文所揭示的，這一切圍繞著性所展開的言說知識，並非來自於性本身——亦即，並不是性具有何種天生的特質，而是由於性的言說蘊含了某種內在的權力技術²⁴⁷。在傅柯的性—主體論述中，人們對於性的關注其實並非偶然，性之所以與「自我」高度相關，正是知識—權力技術的運用所致：是權力

²⁴⁷ Michel Foucault 著，尚衡譯，前揭書，頁 62-63。

技術下的語言「令」性觀念與自我高度相關，要讓人們認為，性的背後將連接到真實自我。因此，無論是哪一種性圖像——強調性的解放如賴希（W. Reich），或是揭示兩性階級差異如麥金儂（Catharine A. MacKinnon），若由傅柯式的觀點看來，都只是被包圍在權力語言下的論述。從而，我們在此發現了人類重視性、重視性圖像與主體間連繫關係背後的現實：人類的性圖像原本就是權力—語言結構的產物。

然而，當人們在意識上已經先一步接受了主體與客體二元區分的概念，在思考上也就失去了對於此一概念區分本身之檢討可能性。對於自我與他者的互動，似乎無法跳脫出主體與客體的思考框架，重點只在於釐清誰是這段關係中的主體，誰又是被工具化的客體，而無法討論究竟為什麼在人類的互動中會有定義主體與客體關係的必要？為什麼法律上認為自我決定、人性尊嚴必須受到絕對重視，但是一個人的自我決定內容有效與否，卻又必須靠主體—客體的定義結果來判斷？

正如同在麥金儂與其他許多女性主義論者所強調的「男女性差社會結構導致男性權力對女性進行的客體化壓迫」論述，事實上已經先行承認了男女性別的二元區分；當然，性別可以被當作生物學上之事實來處理，然則當論者試圖以性別為基礎探討性差與權力之議題時，藉由性別所劃分而成的二元領域就已經嵌入了男女性差思維脈絡。在此一前提下對於男性權力結構的描述，最後反而會深化男女間存在的性差結構，而此一結構正是這些論述提出者本身全力指摘之標的。

第六節 對於乘機性交猥褻罪保護法益之反省

第一項 主體性概念的揚棄？

站在一個對於「主體性」以及「主體、社會與性」進行上位觀察的立場，比較上述 Nussbaum 與傅柯對於性主體構建歷程的論述，可知本文基本上贊同後者所採觀點。Nussbaum 乃是從表面說明人類對於體液與自身脆弱性的恐懼與厭惡，但對於性接觸相較於人類其他類似活動（其他涉及揭露腐敗、必死之行為，如排泄）之獨特性，以及其與主體性實踐間之緊密鍵結並未進行足夠深入的分析；對於主體性與客體化，Nussbaum 雖然舉出七大判斷公式，但對於關鍵的自主性與自我決定內涵究竟應如何理解與詮釋卻未見論述，而是再度陷入語言轉換的空洞循環論證。

相對於此，從現實上種種對於性的歸類，以及社會整體性圖像面貌與家庭、婚姻關係之觀察看來，不得不使人承認所謂理想的性，理想的主體與理想的人格實踐，其實都是一種目的性創造下的產物。個人是被塑造成主體的，而性自主則是被選擇用以作為主體實踐之橋樑。不過，若是接受了傅柯對於「知識—權力—性」之關係所揭示出來的現實，那此一現實無疑是令人驚懼而帶有悲觀的色彩。我們是否有可能自語言—權力技術所支配的主體性概念中解套？

從傅柯的觀點來看，其用以處理主體性難題的關鍵，在於其權力論的內涵。「主體」與「客體」並不是一個先驗的概念，而是在描述一種權力流動的關係。不過，正如傅柯在其理論中不斷強調的：權力本身的存有模式，亦非如同武器般能為特定人所掌握，而是一種過程與中介；傅柯認為，權力並不是數量有限的、得為特定權者均分之實體（Substance），亦非專屬於某一階級的排他性財產，而是在一切社會組織向度中循環；權力「不是在某人手裡的一種東西，而是穿越一切之中的元

素」²⁴⁸。從而對於傅柯而言，「權力不被擁有。它施行。」²⁴⁹權力此種多發性、動態性、不固定的特質，即為傅柯權力觀點的核心，也是傅柯在其論述中據以形成拮抗支點、掙脫權力網絡、找到自由可能性的突破口。

主體與自我是權力技術的裝置，是人體與控制機制的連繫，但它同時也是對抗權力的支點。正是在發現並接受圍繞在周遭的控制網絡之後，才會產生在一瞬間掙脫此一網絡的能量。權力關係塑造了主體概念，在主體之間迸發流動，也同時接受來自主體的衝撞。我們應當在理解權力運作技術的前提下承認主體，在洞悉語言結構的陷阱後述說主體，有意識地建立起關於主體的意識。從而，傅柯透過揭示人類性圖像背後的知識—權力關係所欲開展的是：「作為自我關係的主體性如何引入一種主體化的遊戲，而此主體化的遊戲便與治理性的遊戲及真理的遊戲產生交織。然而，在這些遊戲的複雜性中，自由的可能便爆發出來。」²⁵⁰

在上述的討論脈絡下，本文亦不打算要試圖去推翻主體概念本身。無所不在、流動於人與人之間的權力，不斷地將個體導向主體生成的道路，這是個不可逆的進程，人們已經根深柢固地相信自己身為主體的事實，並且也是本於這樣的認知，建立起對於其他主體的想像以及互動關係。檢討這一連串理論的目的，並非要創造出何種取代主體概念的論述，而是將重點放在如何讓主體概念擁有更為多元的實踐方式。

亦即，在我們了解，所謂主體概念並非先驗性的存在，而主體與性之間的連結，也並非如一般所想地理所當然時，對於所謂特定性行為模式才有辦法保持主體性完整、另外何種性行為模式則會當然連接到客體化結果這樣的說法，也就出現了鬆綁的空間。而到最後，既然我們所要處理的是一個作為刑法上保護法益的

²⁴⁸ Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯，前揭書，頁 124。

²⁴⁹ Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯，前揭書，頁 125。

²⁵⁰ Frédéric Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯，前揭書，頁 147-148。事實上，傅柯對於權力與主體的論述，亦隨著不同時期而有變動，這點連傅柯本人都承認。參姚人多，〈論傅柯的《主體與權力》：一個批判性的導讀〉，《當代》，第 150 期，2000 年 2 月，頁 129。

性圖像問題，那麼此種對於主體性的詮釋方法，也就必須要回歸到刑法保護法益脈絡中去檢視。

大多數社會成員，在當代經由語言結構所體現的性—知識—權力機制運作下，被納入現代國家用以治理生命的牧羊人權力系統中，由是分享了一套相近似的理想性圖像。但是，這並不代表法律所要保護的對象就是這一套性圖像內容。縱使個人由於所處之社會群體結構影響到其認知與對事評價，法律所應介入保護之對象仍應該是高度個人化的感受。因為，一個人的人格尊嚴與自我認同，永遠是來自於這個個人的主觀上認定。

從人際交往上主體與客體的關係來說，一個男朋友可能把女朋友當作是工具，但深愛他的女朋友卻不一定認為自己是工具；一個買春的客人可能覺得自己只是為了要洩慾，但就一個上網援交的少男少女而言，其所從事的行為只是打工，其很有可能也不認為自己的人格受到何等減損。相反地在一個家庭裡，老公跟小孩自認為已經給了太太或媽媽全部的尊重，但媽媽卻依然可能覺得自己像是做牛做馬的工具。

總之，本文認為，從利益保護的觀點言，現實上無法、也不應形成一種絕對客觀、又有明確操作標準的客體化公式。因為，如果依照個人對其自我人格價值進行評斷的角度，去建構起個人主體性之意義，那麼沒有一種行為模式理所當然會造成客體化的結果。性行為並不當然導致行為當事人的客體化，就算其中一方僅僅為了洩慾目的而為之。一個人並不會由於來自特定第三人對其所抱持的「客體化注視」，就當然地成為被客體化的標的。

第二項 乘機性交猥褻罪仍以個人性自主決定權作為保護法益類型

從而，對於刑法乘機性交猥褻罪的規範目的，本文仍然將其定位為個人性自

主決定權之保護，而這裡所說的性自主決定權，乃是一個較具體自由法益更為寬泛的概念，其內涵乃是指個人基於教育習得所形成之對於性的認知，由此一性認知所建構出自己心目中理想的性行為模式，也就是個人主觀上擁有的性圖像。依照自身性圖像所實踐的性活動，呈現並確認了個人的主體地位，換句話說，個人透過掌握自身的性，同時也掌握了自己的生命，並且藉由此一關於性的自主表現，個人得以肯定對自己的人格上評價，並以之構築起對於自我的認同。

是以，刑法上之所以訂定乘機性交猥褻罪，意即在貫徹此一個人性圖像的完整維護——不僅僅在個人意識存在時就其對具體性行為要否所做的決定應予尊重，縱或在個人意識不存在的時候，由於其腦中已經建立起來的性圖像並未消失，於被害人一時喪失意識的當下，他的生命歷程依然持續，他的性圖像也依然與其主體人格連繫在一起，因此，被害人雖對於具體性行為之發生暫無感知，但當其意識恢復後，仍會由於系爭性行為違反了被害人主觀性圖像中對於理想性行為的預設期待，導致被害人覺得透過系爭性之發生而使自身成為性客體，從而感受主體人格遭到貶抑的痛苦，而此一情形若為行為人在行為當下所得以預見，即構成乘機性交猥褻罪的規範正當性基礎。

第五章 智能障礙者在刑法二百二十五條下的性權利實踐

在第二章中，本文探討了乘機性交猥褻罪之要件，以及被害客體之特徵，並點出在罹患精神疾病或具有精神上障礙的族群中，最常成為本罪客體的，就是被認為缺乏對性活動之認知、因而難以對性活動表達有效同意的智能不足者。本章即是要以這一群智能不足者為中心，探討他們在刑法上，乃至整個社會裡所享有的性權利問題。這其中涉及第三章談到的主體性爭議，以及乘機性交猥褻罪真正想要保護的法益問題。以下各節將分別對智能不足者的特徵、「性圖像」之於他們的意義、如何在主體理論下實踐其權利進行檢討，而最後則回到我國刑法第二百二十五條的解釋適用上，主張依本條進行處罰之範圍應予限縮。

第一節 智能障礙者的性之權利

第一項 智能障礙者的性需求應予肯定

在討論智能障礙者具體的性活動實現權利之前，要先行肯定的一點是，智能障礙者當然有性需求。從實務上的輔導經驗可以發現，進入青春期後的智能障礙者就像其他成長中的青少年一樣，會開始對自己的身體變化感興趣，隨著第二性徵的成熟，性需求即自然產生，也因此可以觀察到他們在日常生活中會出現自慰行為。雖然在心智年齡發展上較為遲滯，但正如同其他身心障礙者一般，智能不足者在其生理發育上是同於「正常人」的，而其身為人類的感受與心情亦與健全者無異。智能障礙者並非無欲的「中性人」²⁵¹，他們會想要外出、想要喝酒、想要發生性行為²⁵²。對於智能障礙者的性之權利必須加以保障這一點是無庸置疑的，蓋個人障礙之存在與性之享有並不互斥，現代國家法體制對此點亦無異議。然而重

²⁵¹ 黃璉華，〈談智障者的性教育〉，《護理雜誌》，40卷，4期，1993年12月，頁92。

²⁵² 障害者の生と性の研究会、障害者が恋愛と性を語り始めた。山本直英、《障害者のセクシュアル・ライツーその実現をめざす性教育を一、性の人権教育論》、1998年12月、頁105。

點是，我們的法律體系是用何種方式實現這些智能不足者的性之權利？到了最後，法律所保障的果真是他們的性之權利嗎？

第二項 關於智能障礙者性權利之政策演變：歷史觀察

論者將國家政策上對智能障礙者之性議題發展趨勢大別為幾個階段²⁵³：十九世紀到二十世紀初嚴禁智能障礙者從事性活動之「性禁絕期」，由優生學發展而來的去性（de-sex）處遇，將智能障礙者視為「永遠的小孩」（perpetual children），美國最高法院於一九二七年通過支持智障者非自願性結紮為符合憲法的措施，其後各州法令陸續制訂，直到一九七〇年代中期，美國仍有部分州持續執行相關結紮法令，以致於美國有三十三州，高達 60000 位的智障或精障者遭受到非自願的結紮結果。

其次是至二十世紀中期的「性漠視期」，此一時期正當西方世界人權思潮勃興，學生、同性戀、婦女運動風起雲湧之際，聯合國於一九七一年發布「智障者人權宣言（The Declaration of the Rights of the Mentally Retarded）」，主張社會中的任何一位成員，不論障礙與否，均享有同樣的權利，也因而加速了其後的正常化（normalization）、去機構運動（de-institutionalization）；然而，這樣的改革僅停留在表面，事實上智能障礙者的性之權利仍未真正受到注目。

接下來是一九七〇至八〇年代的「性模稜期」，美國自一九七〇年代開始，包括身心障礙者法案（the American with Disabilities Act）在內的一系列法案，有助於促進智能障礙者的社區化，亦漸漸出現要求各界重視智能障礙者性教育的呼聲，然而，由於資訊不足與專業人員訓練之缺乏，此時智能障礙者的性或性教育，仍處於「被反對」或「受忽略」狀態。

²⁵³ 以下整理自林純真，〈智能障礙者性議題之百年進展〉，《特殊教育季刊》，117 期，2010 年 12 月，頁 17-22。

第四階段是一九八〇至九〇年代的「性正視期」，智能障礙者之相關權利益發受到重視，一九八六年加拿大最高法院認定「未經同意的治療性結紮是不正當的」；一九九七年世界性學大會(the World Congress Sexology)專門論述發展性障礙與性，會後提出「瓦倫西亞性權宣言」(Valencia Declaration on Sexual Right)，包括：自由、自主、統合與身體安全、性平等、性健康、獲得寬廣、客觀及真實的性資訊、綜合性的性教育、自由交往、自由及負責的選擇，及隱私等九項權利，其後在國際會議與各國內國機構中亦不斷重申智能障礙者之性權利應予保障。然而，正如智能障礙者在其他社會參與過程（如就業）中所遭遇之難題，其性權利在實際上仍然未能完全落實，尤其智能障礙者之家庭多對其性活動採取抑制之對應，而學校教育則偏重在「安全的性教育」，而未及於其自我決定和尊重之間題。

最後是二〇〇〇年迄今之「性輔導期」，聯合國在二〇〇六年通過「身心障礙者權利公約」(The Convention on the Rights of Persons with Disabilities)，強調身心障礙者要與一般人同享公平機會，充分擁有參與公民、經濟、政治、社會和文化生活等各個層面的權利和自由，及因失能而需要的協助。美國智力與發展障礙學會 (The American Association on Intellectual and Developmental Disabilities , AAIDD) 等組織亦在同一時期確認智障者擁有與生俱來的性權利，並「可在其文化、宗教、道德價值及社會關係下，有性表達的權利；惟同時有責任考慮他人的價值、權利與感覺，依各州法律，行使性交同意權 (capacity to consent)。有關懷胎及有生育方面，智障者有權利擁有及養育子女。智障者同時受到保護，使免於性騷擾、身體、性、情感的虐待；並有接受適齡的、有意義的、綜合性的性教育之權利和責任。」

這個時期的一個特色是，各國紛紛制定了關於智能障礙者的性政策與指導方針，在實務上亦透過政府或民間非營利機構，強化對於智能障礙者輔導工作的支援體系。在性教育上，美國性資訊及教育委員會 (Sex Information and Education

Council of the U.S. , SIECUS) 推薦十二種適合身心障礙者性教育的書目給予相關人士運用。不過，論者亦指出，直到今日，對於智能障礙者的性權利與性輔導工作仍因「社會加諸於智障者有關性的規則」——視智能障礙者的性為問題而非權利，害怕碰觸此一「潘朵拉的盒子」，而困難重重。

第三項 以節制為主的性教育與刑法上以乘機性交猥褻罪為中心的消極性自主權利保障

在我國，對於智能不足者性自主權利之相關措施，主要來自於下列方面：其一是學校與特殊收容機構內針對智能障礙族群所進行之性教育與性管理，另一項就是刑法上乘機性交猥褻罪之規定。前者多強調對於智能障礙者性羞恥感的建立，例如教導其應避免在公開場合為性器之裸露、對其強調性行為應保持隱密²⁵⁴，以及在面臨來自第三人可能發生之性接觸時，什麼時候、如何保護自己、拒絕對方不當的性要求；而後者則是針對可能對智能不足者為性侵犯的行為人所設之刑罰規定。可以說，這兩者的重點均在保障智能不足者免於遭受到來自第三人之性侵犯，也就是讓其得以保有拒絕性之發生的消極權利。至於智能不足者主動、積極期望發生性活動的權利，則成為消極性自主權保障背後的投影，在受到封禁與勸阻之外所容許發生的性，成為智能不足者積極從事性活動的有限空間。

自性教育內涵來看，可以理解社會所要傳達的自然是一種符合於多數成員主觀評價的性價值觀，然而，相較於對一般幼年人之性教育除了性徵與性行為之介紹外，尚積極為其勾勒一理想的性藍圖，包括婚姻、家庭、懷孕等，對智能障礙者，尤其是中重度智能不足者所進行的性教育，則重在如何節制其性衝動、減少手淫，以及面對來自第三人性邀約時的自我保護，同時顯示許多智能障礙者的家

²⁵⁴ 黃璉華，前揭文，頁 94。

長在接受親職性教育時，對懷孕與分娩等主題需求較低²⁵⁵。此種立法型式，凸顯出現行法規制對於性自主之保障大致重在消極拒絕權利的事實²⁵⁶，亦顯現出對於與智能障礙者發生性接觸一事，在規範上已然先將其定位為一種侵害行為。



²⁵⁵ 裴淑茵，〈家長對其智能障礙子女實施性教育、性溝通現況及需求之研究〉，樹德科技大學人類性學研究所碩士論文，2008年6月，頁53-54。

²⁵⁶ 李聖傑，前揭文，頁33。另參林志鍵，前揭文，頁10。張必昇，前揭文，頁47。

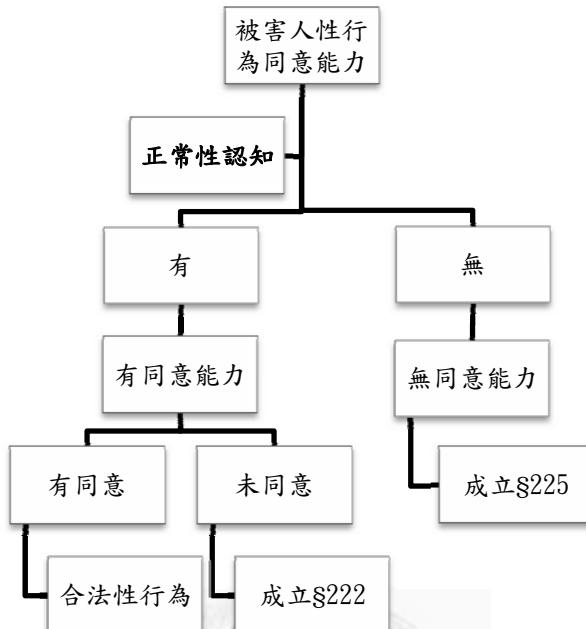
第二節 智能障礙者的性圖像

第一項 法庭上的意向探知活動

目前，中重度以上的智能不足者，亦即符合刑法第二百二十五條中因精神障礙或其他心智缺陷，不知或不能抗拒者，我國實務在處理上，常常半推定地將其認定為乘機性交猥褻罪的被害人，而將系爭性活動定位為一種性侵犯行為。觀察目前實務判決，可以發現到法院在處理這一類案件時所採取的慣常流程：先經由鑑定，確認被害人的精神或心智狀況，是否已達到喪失同意能力之「不能或不知抗拒」程度。而其確認的判準，則是以被害人是否擁有所謂如同一般人的「正常性認知」來決定。較常見的檢驗方式，是由鑑定人（有時亦由社工陪同）透過與智能不足者之談話，探問系爭智能不足的被害人對於自己和行為人之第二性徵、性行為意義，與在何種前提條件下得發生性行為等事項，以判斷其是否和多數社會成員擁有相同理解，從而與一般人共享一套相同的性圖像內容。

若經由鑑定，認為系爭被害人擁有與正常人相同的性圖像，亦即被法院判定為具有「正常性認知」的被害人，表示其心智缺陷尚未達令其喪失同意能力的程度，此時被害人對於性行為所表示的同意自然有效，進而阻卻行為人行為之不法性；反之，倘若鑑定結果顯示，被害人並不具有如同正常人的性認知時，則進入行為態樣的檢證：被害人在行為時是否曾經表達反抗（不願）之意？若證明被害人行為時有表達拒絕、不舒服等情，則行為人即觸犯刑法第二百二十二條的加重強制性交罪；反之，若是被害人在行為時之反應，被法院認為尚不足以清楚表達拒絕之意——這其中包括了被害人積極迎合甚至主動與行為人親近之行為，以及由被害人在偵查或審判中之陳述無法確切看出其真正意思的行為，此時進一步確認行為當時被害人的主觀狀態亦無必要，法院即謂「尚難證明上訴人係以違反被害人意願之方法而對被害人為強制性交」，因此「應適用刑法第二百二十五條乘

機性交罪」。茲將實務上此一常見的論述方式整理如下圖（一）：



不過，所謂「正常性認知」有無之判定，在實際操作上往往並不那麼容易。

當我們仔細檢視關於刑法第二百二十五條適用問題的實務判決，可以看到法院在試圖探知這些智能障礙者對「性」的主觀認知時所遭遇的難題，亦即：法院無法確認被害人的主觀意向。例如：

一〇〇年度台上字第三〇五〇號判決，辯護人主張：「上訴人當時既曾詢問甲女可否脫其衣服，足證上訴人主觀上並無乘機猥褻或性交之意圖，否則何須「徵詢甲女之同意」？況當時甲女作『嗯、嗯、嗯』之反應，衡諸常情，乃係『同意』之意，此為眾所週知之事，故上訴人認為已獲甲女之同意，亦無違反情理。原判決卻謂甲女稱『嗯、嗯、嗯』意即『不願意』，並採為論罪之證據，顯有違反經驗法則。」最高法院則稱：「原判決係以甲女曾陳稱『被告有問我可以不可以脫我的衣服，我只有嗯、嗯、嗯，意思是不願意』等語，而認本件尚難證明上訴人係以違反甲女意願之方法而對甲女為強制性交，並非以甲女之上開證詞，作為認定上訴人犯乘機性交罪之依據。」

臺灣雲林地方法院九十九年度訴字第418號判決：「針對甲女遭被告2人猥亵之細節，甲女於警詢時指稱：阿伯（指被告蔡福展）叫我去房間躺著，然後後庄阿伯（指被告蔡德茂）就進來叫我脫掉衣服和褲子，我就脫光光，然後後庄阿伯（即被告蔡德茂）也脫光衣服褲子，用他尿尿的地方用我尿尿的地方，後來就換另1個阿伯（即被告蔡福展）。之後，於檢察官面前證稱：沒有戴帽子的這個人（指被告蔡福展）叫我把褲子脫起來，有戴帽子的那個人（指被告蔡德茂）叫我把衣服脫起來（見偵二卷第47頁）。嗣甲女於審判中證稱：是北港阿伯（指被告蔡福展）叫我把衣服、褲子脫掉，我身上都脫掉，沒有穿衣服、褲子，北港阿伯用我（指對其猥亵）之後，換後庄阿伯用，北港阿伯走出去抽菸。……如被害人不能抗拒之原因，為行為人所故意造成者，應成立強制猥亵罪。如被害人不能抗拒之原因，非出於行為人所為，且無共犯關係之情形，僅於被害人心神喪失或其他相類之情形不能抗拒時，行為人乘此時機為猥亵行為者，則應依乘機猥亵罪論處（最高法院71年臺上字第1562號判例意旨參照）。本案甲女為智能不足之人，被告蔡德茂以要帶其前去遊玩為由，獲得甲女同意後，才將之帶往北港，並在被告蔡福展住處房間內由被告2人對之為猥亵之行為，已經認定在前，甲女於審判中並證稱：「（問：到北港阿伯家時，你自己走進去的？有沒有人拉你？）我自己走進去的。」「（問：你就躺著被他【指被告蔡福展】弄？）我都沒有說話，我靜靜的被他弄。」「（問：虎尾阿伯【指被告蔡德茂】弄你時，你是否有講什麼？）我也是沒有說話，也是靜靜的被他弄。」（見本院卷二第134頁、第139頁）。是在猥亵過程中，甲女對被告2人之行為，並未反抗或抗拒。被告2人顯係利用甲女智能不足，不知抗拒之時，對其為前開猥亵之行為，至為明確。參前最高法院判例要旨，被告2人均係犯刑法第225條第2項之乘機猥亵罪。」

臺灣高等法院高雄分院九十九年度上訴字第1052號判決：「被告2人行為時，既知悉A女為中度智能障礙之身心障礙人士，是被告2人應係利用A女因身心障礙而不知抗拒之機會，而對A女為性侵等情甚明。則A女雖曾於警詢曾陳稱：

『遭人動手脫我的衣褲時，我有說「不要」』，於偵訊中問及被告 2 人有無以尿尿地方碰妳尿尿地方？有無說『不要』問題時，均證稱『有』等語，於原審審理時亦證稱：其不喜歡與被告 2 人發生性行為之意、及使用「洗澡、脫衣服」等性行為代用語，然此應僅係出於其本能地對外來一時之性交行為，因羞怯或害怕，而直覺所做之遲疑或反問之動作言語，尚難認其係知所抗拒而因違反其意願並予表達不同意而為堅拒之行為。是亦難據此採為被告係對 A 女施以強制性交之不利認定。自無從據以認被告 2 人係使用強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或類此方法之本質或內涵的手段，足以壓制告訴人 A 女之抗拒，使其喪失自由意思而對 A 女為性交行為（最高法院 76 年度台上字第 7699 號判決意旨參照），然依此益可見 A 女對於遭被告 2 人對之為性交行為時，仍本能地顯現嫌惡之感受，僅因不完全理解此種舉動係與性交有關，不知真正意涵而加以反抗或拒絕，並可認定 A 女受被告 2 人侵害之時，係因身心狀態確有障礙，而不知抗拒之情狀，洵堪認定。是被告 2 人均係乘 A 女心智缺陷不知抗拒之機會而對之為性交行為無訛。』

自上述判決理由所載事實觀之，法院所進行的提問不外乎想要確認兩個爭點：一是被害人究竟是否了解性交之意義，亦即想要得知被害人究竟是否具備正常性認知；二是確認系爭性交行為是否違反被害人之意願，亦即行為人有無對被害人為強制或意思之壓抑。但是，被害人多半未按照法院所預想的方向與框架回答問題，例如對行為人求歡表示「嗯、嗯、嗯」，卻又說她的意思是「不願意」，或是中性地指陳行為人「弄我」，卻無法表達究竟自己對系爭行為有什麼正面或負面的感覺。甚至當被害人指稱對於系爭行為有所嫌惡或抗拒時，法院亦無法澄清其究竟是對於性行為本身感到拒斥，抑或只是對不熟稔之人所生的尷尬反應。最後，往往只能用精神鑑定結果及行為人主觀心態來判定是否成立犯罪。

第二項 溝通連接點的斷裂

第一款 語言作為人類進行溝通的唯一媒介

人類是依賴語言以進行溝通。更確切地說，是由於語言的存在，讓人們產生一種能夠與彼此進行溝通的感覺。縱使每一個人退到主觀內心最深處時，只會剩下無法言說的純粹情緒感受，只會看到獨自呢喃、無法與他者相互理解的自己²⁵⁷，然而，當人們經由認知與思考過程，將自己主觀世界的情感、經歷與想像，透過語言加以表達的時候，便能經由語言內容本身，開啓與他者間的溝通。而當作為溝通對象的他者接受了語言上承載的訊息，也就可以經由其自身之認知與思考，讓此一語言訊息激發其純粹主觀世界裡的經驗記憶或情感流動，進而生發出一種能夠理解訊息發送者主觀世界的感覺，並作出合適的回應²⁵⁸。這個回應亦是透過上述語言傳遞活動被對方所接收。人與人之間日常生活的互動與溝通模式，就是這樣建立起來，並且成為人際交往生活、社會群體凝聚的基礎。可以說，人類就是活在這樣的語言結構之下。

在一個「溝通事件」發生的同時，這個溝通過程——即語言內容，還可能藉由開放性的聲音、文字或其媒介，讓更多個體得以共見共聞，因而開啓複數溝通、訊息接收、認知思考、情感激發之系列模組，諸如政治行為、教育工作、大眾傳播等，皆是如此。而法庭上的活動，同樣也是此種溝通系統的一環。當法官要嘗試探知行為人與被害人主觀心理世界的時候，必須使用語言。藉著（包括經由通譯而在某程度上可以）互通的語言系統，再採用一種哲學上類比式推論——假定人在本質上是相同的，法官、行為人、被害人都是同樣的「人」，擁有相類的認知思考能力、推論邏輯與情感反應，於是法官也就可以說，同樣的語言所對應到的

²⁵⁷ 參林聰賢，前揭文，頁13。。

²⁵⁸ Georg Nneer, Armin Nassehi 著，魯貴顯譯，《盧曼社會系統理論導引》，1998 年，頁 102 以下。

內心情感應該是同一或相類的，則法官在使用或接收特定語言內容時所生發之情感，應該也就是社會上大多數成員在使用同一語言內容時會生發之情感，從而亦會是行為人或被害人在使用同一語言內容時所生發之情感²⁵⁹。

例如在一般情況下，當法官與被害人或行為人談到「性」這個概念的時候，要如何得知被害人或行為人就「性」的概念，擁有與法官、乃至大多數人相同或相類的認知內容呢？此時要先假設的是：法官是正常人，因為從生活常規、言行舉止來看，法官就和他的左鄰右舍、乃至這個社會上其他成員沒什麼兩樣，至少我們的情緒上認為是如此。因此進一步說，社會上的絕大多數人也應該都是正常人，因為他們彼此間的言行舉止生活常規也沒什麼兩樣。既然如此，法官對於特定概念所持的認知，也應該平行於社會上大多數人對系爭概念所持之認知，這也就是所謂的「社會通念」。今天，只要可以藉由行為人或被害人的外觀判斷，他們也是和我們（法官以及社會多數人）相同的正常人，那麼他們就特定概念所持之理解，也應該和我們一樣。如果被害人說他同意系爭性行為，法官也就可以據此認定，被害人是在對法益侵害具有正確了解的狀況下，基於主體地位所為之自主決定，因而能夠阻卻不法構成要件；反之，當被害人說自己對系爭性行為並未同意、或是其在恢復意識後感到極度不悅或痛苦時，法官也就可以據此認定，行為人侵害了被害人和其他社會成員所擁有者相近似、據以反映其主體地位的性圖像，而該當刑法第二百二十五條的客觀不法構成要件。法庭上的活動，正是透過這一連串假定而得以順利推展下去。

²⁵⁹ 參黃榮堅，〈犯罪構成與同時性原則——評高等法院 99 年上訴字第 4803 號等判決〉，《法令月刊》，第 62 卷第 9 期，2011 年 9 月，註 27：「這樣的一種類比方式是否絕對正確？或者說，這種類比果真在邏輯上站得住腳？其實並不一定。然而，無可奈何的是，法院不得不在一種無法確實探知人類內心奧秘的情況下對於人心去做出推論。在此一目的導向下作成的判斷結果，與其說是基於邏輯正確而來，不如說是承認了這套司法運作體制存在的社會，基於政策性、應然性考量所做的選擇。」

第二款 語言結構之外

據此，我們可以發現，司法實務在處理智能障礙者案件所面臨的難題，正是由於人們在智能障礙者族群（事實上其他精神疾患者亦有同樣的情形）身上，較難甚至是找不到一種溝通據以存立與進行的共同語言系統。智能障礙者有沒有內心的情感反應、喜怒哀樂以及對不同經驗所產生的正向或負向記憶？針對這一點大多數人都會予以肯定，蓋在承認智能障礙者擁有「人」之身分的前提下，情感波動作為所有人類的本質之一，智能障礙者也應該擁有。但問題就出在，當面對智能障礙者，尤其是重度智能不足者時，語言系統往往是失效的。失去了人類彼此間進行溝通最主要的媒介，認知與情感上的交換與激發過程就成為艱鉅的任務。在所謂「正常人」的世界裡，我們還可以藉由語言所產生的溝通，自認為對於他者的主觀情感反應達到某程度的理解。失去了語言，我們連自認為對於這些智能障礙者的理解都做不到。因為他們的主觀世界乃是在語言結構之外。

其次，就算智能不足者使用了看似與一般人相同或相類的語言，來陳述特定事實或自己的想法，法官亦無法再動用上述的類比推論，產生一個對智能障礙者主觀世界的普遍理解，因為在第一個假設前提：「他們是和我們一模一樣的人，擁有相類似的認知、思考模式與情感連結」，就碰到了阻礙。蓋當一個人站在我們眼前，他的言行舉止、還有談吐中所顯露出來對於這個世界的認知也都和我們所差無幾時，我們可以名正言順地將「社會通念對於某一類事件可能產生的情感反應」認定成這個人本身對於特定事件的情感反應；可是，當眼前的這個人，在言談舉止還有言語中顯露出來的觀念與一般人相差千里的時候，主觀世界的類比推論就很難再具有說服力了。在前文中已經說到，打從人們用醫學與法，將「正常人」的理想模樣在社會當中固定下來以後，逸脫此一範圍之人自此進入「精神障礙者」的分類下，成為「和我們不一樣的人」。於是這一群人的情感面貌變得無可類比，因而亦無從理解。

然而，在刑法二百二十五條的適用中，要想確定法益侵害有無，似乎一定得先確定系爭侵害客體之外觀：被害人主觀性圖像之內容。在類比推論失去作用的情況下，法律適用者只有另尋出路。

第三項 誰的性圖像？

觀察現行實務判決可以發現，目前我們的法律適用者對於智能障礙者的性圖像理解，並非自智能障礙者本身出發，而是直接將社會上普遍存在的性圖像內容（也就是上一章所討論的「正確性圖像」）當作判斷「智能障礙者本身是否具備性圖像」的認定標準。亦即，不是想辦法去理解智障障礙者本身的性圖像內容究竟為何，而是先確立一種特定而正確的性圖像內容，將智能障礙者區分為「理解並且具備此一性圖像者」以及「不理解此一性圖像者」；惟針對後者，並非重新去探究這一群智能障礙者實際上所擁有的性圖像面貌，而是透過法律條文的擬制，將上述普遍而正確的性圖像「視為」他們的性圖像內涵。刑法所要保護的，其實是「正常人」的性圖像²⁶⁰。

所以說，站在現行法的適用者立場來看，可以直接受到與智能障礙者間欠缺共通語言結構、欠缺溝通可能性與理解可能性的難題，因為，根本不需要與他們進行溝通和理解。「性圖像」內容只會有一種類型，又或者應該說，必須要是符合特定內容的性之認知，才會成為被法律所認可並值得加以保護的「性圖像」。不是法律適用者要去理解這些所謂「不一樣的心理狀態」，而是這些智能障礙者必須要反過來學習正常人的心理狀態和對於性的認知。原因無他，因為這樣才叫做「正常」。用較為動聽一點的說法來講就是：這樣才能夠正確並且完整地實現身為主體的個人自我意識，擁有完整的人性尊嚴，避免淪為他人洩慾的工具而被客體化。

²⁶⁰ 當然在此並不是說，所有「正常人」的性圖像都是相同的。在此所要描述的僅是社會通念（多數主觀）下面，能被大多數人所接受、最低限度的共通圖像。

至於要如何區辨智能障礙者究竟是否具備與正常人相同的性圖像認知，除了從「性」的概念本身對其進行探問，看看智能障礙者的反應和一般人是否相同外，從各判決理由與鑑定意見觀察，其參考標準還包括了臨床診斷上，就系爭智能障礙者一般生活能力、以及其對一般事物理解力的分析。質言之，就是這個智能障礙者「和正常人的相似程度」。從而，我們不僅是將一般社會上普遍正常的性圖像套用在這些智能障礙者身上，而是進一步將有資格成為主體的「理想中正常人形象」套用在他們身上。



第三節 對性客體化禁止概念之檢討

第一項 他們真的是性權利主體嗎？

第一款 擬制性主體概念的誕生

不過，要是按照上述邏輯推論下來，那麼一個未能符合「理想中正常人形象」的智能障礙者，在法律體制之下，就出現了去主體化的危機。刑法規範要保障每一個別主體的性自主決定，但未能該當特定要件者，無法被法律承認係具有自主決定的主體資格——法律不能在這個論述前提下發動，更不可能同意在全體人類中，有部分成員不被賦予主體地位這樣的描述，否則關於人類本質性的論述將全面失效，現代社會關於「人」具有普世性絕對價值與絕對尊嚴的帝王原則亦會就此崩解。

於是，一種擬制性自我決定與主體實現的說法出現了。立法者與法律適用者所使用的論述方式是十分合理而具有正當性的：刑法乃至整個法體系存立之目的，不僅僅是為個人確保其身為主體的自我實現，還有義務要更進一步，協助無力完整實現主體性、完整表達自我之人實現他自己。妨害性自主罪章中乘機性交猥褻罪之存在，就是為了要讓主體性獲得更加完善的保護，讓個人的性圖像與背後連結的性之主體無時無刻都能在法律的大傘下避免來自他人的威脅。對於無力表達、或無力形塑自我意識與自我性圖像之人，法律將為其進行性圖像塑造，與主體形象的代言。然而，這樣的論述，果真是正當的嗎？

第二款 被禁止的性模式與被允許的性模式

讓我們來看[廢棄空屋性交案]²⁶¹（參序論）中的判決內容。在這個案件中，被害人D女經由鑑定，被認為欠缺對於性的正確認知，是以亦不具有對性行為的同意能力。本案爭執的重點，除了關於行為人自外觀上是否可以看出被害人係屬智能不足者外²⁶²，另一個關鍵點似乎在於行為人本身的態度。行為人壬謂：「其與D在一起三個月，是認真交往，願意照顧她一輩子，就算D智障，她也是人，也有自己感覺，可以過正常人生活」，進而主張其並未利用D之智能不足與其發生性行為。而法院則認為：「被告不僅知證人D心智程度不足外，且無真心與證人D交往之意，僅係利用其智障，因檢鐵無聊，所以才去找D，況且，被告既知悉證人D心智程度不足，亦應在證人D之家人即X於98年8月下旬某日出面找其時，告知上情，徵得證人D家人同意，然其卻於98年10月7日……帶同D至廢棄之空屋為性交行為，觀之上述現場照片，其環境髒亂、泥沙淤積，亦難認被告係出於真心且有保護證人D之意思，僅係利用機會對不知抗拒之證人D為性交行為，被告此部分辯解，亦難採信。」

在這裡我們發現一件事：無論是行為人或是法院，都想要澄清「到底行為人有無真正喜歡D女並真心與其交往之意」。既然D已經被認定為不具有同意能力，亦即D係屬不知抗拒之人，從刑法第二百二十五條條文要件來看，此處須受檢驗的要件，顯然是關於行為人究竟有無「利用」(ausnutzen)被害人上述不知或不能抗拒的狀態而與之發生性行為。如前所述（參第二章第二節第三項第一款），所謂

²⁶¹ 參臺灣高等法院臺中分院99年度上訴字第2142號判決。

²⁶² 關於這一點，判決指出：「被告於98年10月8日偵查中即自承：其於98年9月10幾日就知道證人A女是智障；她是智障的不可去碰的，因為她是智障不能跟她發生關係，不然會倒楣，其只是因為檢鐵無聊，所以才會找她去等語（見98年度偵字第25579號卷第3頁），足見被告於附表編號1所示之時間之前，即已知悉證人A女之智能程度不足。又證人B女於本院審理時具結證稱：A女平常的精神狀況，只要跟她講一件事情，她會一直重複講，她只要想知道什麼事情，也會一直重複的問，重複的講，一般人看到她可以知道她的精神狀況，會知道她跟一般人不一樣，因為很少人會針對一個問題，一直問你，一直問你，只要跟A女講話就可以知道她的精神狀態等語。」

利用，係指行為人對被害人欠缺抗拒知能之狀態有所認識，並且有意將之作爲一種「被給予之機會」、「行爲之手段」來遂行不法構成要件，並且這裡的利用限縮在一種基於自私、負面的主觀動機所爲之行爲，用白話來說，就是「蓄意佔人便宜」。而這種「佔人便宜」的行爲，即被認定是對於他人的一種「不尊重」。自法益解釋角度言，也就是行為人藉著此一舉動而將被害人給「客體化」了。依照前述，法律上既然要求對於主體的絕對尊重，禁止將他人貶爲工具，則刑法對系爭行爲人的處罰也就有了正當性。

再看一個例子。臺灣高等法院臺南分院九十九年上更(一)字第二六七號判決中謂：「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，但核與被告劉清海、柳威霖之正常人係利用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。」此一判決更加赤裸裸地呈現出實務對於一個非智能障礙者與智能障礙者發生性行爲一事所採的態度：性行爲必須以愛與感情爲基礎。在此法院根本不相信，一個智能障礙者會擁有與正常人交往的機會，因爲一個正常人根本不會想要跟一個智能障礙者談戀愛，因此，今天要是一個正常人在想要從事性行爲時找上一個智能障礙者，顯然是想「佔便宜」，不想付出愛與感情²⁶³，只想滿足一己之「私慾」，是以其行爲應動用刑法加以譴責。

第三款 如何定義客體化？

只不過，如果這個邏輯來看，所謂將他人「客體化」的認定基準，將會由被害人移往行爲人身上，也就是處罰行爲人貶低他人、不尊重他人的「主觀心態」。

²⁶³ 但其實實務在此不願明說亦不願承認的是，在性行爲具有商品價格的現實下，行爲人此舉亦是不願付出相應對價的得利行爲。

然而，此處即出現一個問題：當我們自外部觀察，將行為人的行為解釋作「利用」、「乘機」，並且推斷出行為人在主觀上具有不尊重、貶低被害人的態度時，這個推斷可以成立嗎？人類在決定其行為舉止時，是否都是基於相同的動機而為？事實上，不同的人從事特定行為，可能基於各種不同的主觀上原因；而同一個人在從事特定行為時，也可能基於複雜而多樣的動機。

從另一方面來說，若是從刑法基本原理觀之，純粹主觀上的想法，原本就不足以建立起刑法對一個人的處罰正當性。本文在第二章所討論到的[悲情鴛鴦師生戀案]²⁶⁴中曾介紹，學說上對本案之批評主要來自於法院將行為人（特教學校教師）對被害人（智能不足之女學生）的主觀愛慕心態過度放大，以一種純粹主觀要素影響客觀構成要件之判斷結果。若是接受此一見解，那麼反過來說，行為人主觀上對於被害人主體人格的蔑視心態，亦理應無法直接導出系爭行為的可刑罰性。

刑法的基本原則是不處理單純動機問題，一個人腦袋裡的想法是絕對自由的，少了外在行為表現，法律無從探知、亦無從干涉，到了最後，仍然必須要回到對於外在行為的規範上評價。或許有人會說，刑法乃是藉由外在表現來推知行為人主觀的法敵對意識，故行為僅僅是推論依據²⁶⁵。因此，按照判決所稱，自行為人未徵得被害人家屬同意、帶領被害人至空屋發生性關係等行為，從「一般正常人在此情況下應不會容認性行為發生」之前提出發，可以推得行為人知道被害人係因智能缺陷才接受其要求，此時其仍與被害人發生性行為，即是帶有未尊重被害人之心態，並且自這種性行為的「外觀」來看，正是典型將人工具化、客體化的表現。

確實，人類的主觀世界本就難以測度，規範適用者在進行主觀要件涵攝時，

²⁶⁴ 參第二章第二節第三項第三款。

²⁶⁵ 本文在此不討論關於違法性之相關理論，指是單純要表達：一個人腦中對於特定行為所抱持的複雜動機，無論是採取何種刑罰理論，都不在現行刑法判定系爭行為不法時的考慮範圍內。

永遠只能經由上述類比推論之過程，透過客觀上的行爲舉止來判斷行爲人主觀上想法與態度。然而，若是從乘機性交猥褻罪乃至整個妨害性自主罪章的保護法益內涵觀之，即可發現上面的論述仍然不足以建立起此一規範解釋方式之正當性基礎。讓我們分成兩個層次進行討論：第一，如前所述，行爲人主觀上怎麼想，並不是決定法益侵害的決定性要素。我們說行爲人擺明要佔被害人便宜、不尊重被害人，並不代表被害人有人格受到蔑視的感覺，而法律對於人格完整性的保護，理應以系爭人格擁有者本人之意思作為有無侵害存在的判定基準。

從而本文的重心在於：一個人要如何開展自己的人生、如何安排自己的性生活，乃至於如何從具體的每一個行爲決定之中，感受到自己在這個世界上存在的價值與認同，理應手到社會與法制度最大限度之尊重，而對於法益之保護，亦應以此為核心而開展。好比說今天一個女生被她糟糕的男朋友要得團團轉，呼之即來揮之即去，每個朋友都對她說，妳的男朋友根本不尊重妳、不夠愛妳，醒醒吧，這樣叫幸福嗎？可是她回答：我覺得我很幸福啊，因為我愛他，愛的感覺本身讓我覺得自己是一個完整的人。難道刑法甚至其他哪一部法律可以阻止她去愛嗎？不可以，因為這就是她活著的方式。又好比說，一個男生告白十五年都失敗，一直被對方當備胎，大家都勸他：醒醒吧，她根本不尊重你的主體性，把你當工具人，這是你想要的愛嗎？但是他回答：是的，因為當備胎也是一種幸福。難道刑法可以替他決定何時放棄嗎？不可以，因為這就是他選擇的人生。

第二，即使是採用一種自客觀行爲朝主觀推論之模式，或是試圖對外在客觀行爲進行直接評價，也很難說得通。客觀上呈現出來的人際互動，實則無法確定、直接地被定型為一種客體化行爲，蓋理論上無法找到一種性行爲發生之特定模式，會被當然歸入導致一方失卻人格尊嚴的範圍裡。現行法上用以決定系爭性行爲妥善與否的基準，按照德國學說之說法為「徹底貶抑人格的委身、系爭同意乃是一般人在通常情形下所不可能表示者」。然則，倘若果真如同德國以及我國通說所言，

本罪所欲保障的乃是「性自主」（即個人主觀上獨立、可能與他人互異之性圖像）而非「性道德」，亦即所禁止者乃是「性自主侵害」而非「性傾向反常」，則單單自「一般人在正常狀況下不會同意」，根本就無法得出行為人未尊重被害人主體性的結論，蓋「反常的性」也可以是主體實現的方法。換句話說，假設「一個人的性傾向無論如何應被尊重」此一命題為真，則理論上並未存在有一種性關係模式是當然違反個人性自主與主體地位的，那麼又要如何自一種特定之性活動情境，反推其係一種客體化行為？

舉個例子來說明，假使系爭性活動情境發生在兩個被認定為身心健全、精神與智能均正常的人身上，即一方基於愛而同意、另一方則純為洩慾，此時刑法是否能認為從事性行為之一方將他方給客體化，進而禁止該性行為之發生、並處罰純為洩慾的那個人？答案顯然是否定的。無論現實上存在的性關係令人感到如何地荒謬絕倫，它都是一個必須被社會與法律尊重的自我決定。正如同黃榮堅老師所言：尊重他人不理性的決定，本身就是一種理性。一個「自願被當作是工具」的個人，其實是在這個行為過程中完成了其本身主體性的實現，從而亦無所謂客體化情形可言。

第四款 空洞而恣意的主體與客體認定

或許有人會認為，此時為愛而成為工具的一方，係自願放棄自己的主體地位，藉由情感上獲得滿足，彌補了其與性對象之間不對等的主客關係；只不過，這種說法本身就是一個矛盾。在前一章，本文介紹了德國學說上檢驗主客關係的客體化公式，以及美國學者 Nussbaum 提出的幾項客體化指標。其中，決定主體與客體地位的關鍵，一直都是在「自我決定」上面，亦即一個人在現實世界中，循其自主意識進行不同選擇的可能性。尊重他人之自主決定，也就是對於其身為主體人格的肯定；反之，所謂客體化概念，則是剝奪一個人依其意思進行選擇之權利，

抹殺其自主性的存在。既然如此，那麼對照到系爭性行爲活動，一個依照自我決定、自願發生性行爲的個人，如何能謂其被客體化、工具化？

現在，讓我們回到乘機性交猥褻罪的討論中來。據此，在第二章中所舉之悲情鴛鴦師生戀案，學說對於實務見解之批評，實不無可議之處。在這個案子裡，無論是學說或實務均未深入討論系爭被害女學生本人的情形，或者應該說，既然系爭女學生被認定為僅僅具有一歲孩童之智商、又合併有自閉症狀，去討論被害人的身心狀態似乎本就徒勞。然而，抽掉了具體被害人，只留下一個抽象且有待定義的「主體人格地位」，果真就能夠建立起對系爭行爲人的處罰正當性嗎？如果被害人本身最原初的想法與感受可以被忽略，那麼法律保障抽象主體人格的意義又在何處？既然現代法律宣稱，在今日多元社會價值下，相異性圖像均為法律所允許並保障之對象，那法律憑什麼針對特定對象，限制其個性圖像的應然內容、限制其實踐個人主體性的方法呢？

更極端地說，當實務在對與智能障礙者發生性行爲之人予以非難時，其論述方式本身就成為一種客體化、貶抑化的過程。在前述臺灣高等法院臺南分院九十九年上更(一)字第二六七號判決中，法官認為在一般狀況下，正常人根本不會想要與一個心智缺陷之人談戀愛，言下之意似乎是認為，智能不足者要想與一個心智健全之人談感情，根本是遙不可及的奢望。而一個心智正常之人，如果找上智能障礙者當他的性伴侶，顯然只是要利用這個智能不足者、將他當成洩慾工具——弔詭的地方在於，上面這個論述所表現的態度，其實也就是將系爭智能障礙者視為洩慾工具。抽離了被害人的自身感受，非難行爲人將被害人客體化的論述本身，才是真正使被害人客體化的原因²⁶⁶。

²⁶⁶ 此種論述也同樣出現在對於性交易行爲的非難上。詳言之，檢視反對性交易合法化的諸多觀點，很常見的一種說法是「性交易是將性工作者（以女性為主）物化、工具化、客體化的行爲」，從而廢除性交易是為了確保性工作者的主體性。然而，此種觀點本身也就帶有「從事性交易者為工具」的價值意識。換句話說，先將此一行爲貶抑為客體化的過程，然後再主張以法律來限制這種被定義

第二項 個人主體性掩護下的社會集體意識

面對一個不具有一般正常性認知的智能障礙者，刑法乘機性交猥褻罪在構成要件上為其保留了一個主體實踐的具體形象，將這一類被害人描述為：基於其主體地位，原應拒絕系爭性行為之發生，僅僅由於特定病理性因素妨礙了他們主體意志的行使，而刑法的介入正是為了維護那被害人自身不會意識到的、抽象主體性的純潔與完整。但這裡有問題的是，倘若主體性之歸屬者本身並未意識到任何來自外界所施加的痛苦，那麼我們究竟是如何對主體意識之內容進行確認，並導出此一主體遭受侵害的結論？對於性自主這一類高度個人專屬化之法益而言，如果不是從被害人自身的感覺去分析法益，那麼到底還能從什麼地方、由什麼人的感覺建立起足夠的規範正當性？

第一款 隨立法修正而消失的悖德犯罪？

既然在乘機性交猥褻罪中，一個智能不足以達到對特定性圖像產生足夠認知的被害人決定，無法作為判定其主體地位存否的依據，而依照上述討論，行為人單方的想法也不足以確認法益侵害有無，於是我們發現，被害人的感受似乎並不重要，行為人本身所思所想為何亦非刑法所關切的重點，重點根本就不在從事性行為的兩個人身上，而是在旁觀者。被害人家屬、法院，以及社會全體。

如此說來，被侵害的到底是誰的何種法益？是被害人的性自主權利嗎？然而，所謂被害人的自主權利內容其實是由法律所指定、由條文所形塑出來的；是被害人的主體地位嗎？然而，決定被害人主體實現方式者仍然是法律，是法律適用者

出來的客體化行為。關於此部分論述可參照甯應斌，〈性工作與現代性：現代自我的社會條件〉，《臺灣社會研究》，53期，2004年3月，頁88以下。及氏著，〈性/交易的相互性〉，《政治與社會哲學評論》，18期，2006年9月，頁153以下。許恒達，〈善良風俗、國民健康與促成性交易的刑事責任——以釋字第六六六號解釋為反思契機〉，《月旦法學雜誌》，186期，2010年11月，頁26。

對於主體實踐與客體化概念所為之詮釋。事實上，在這裡真正被侵害者，乃是此一被規範擬制出來的性自主決定內容，以及據此描繪而成的個人性圖像與性主體樣貌。而此一性圖像與性主體實現模型所反映的，也就是在所謂社會通念之下，受到廣泛接受、具有高度普遍性質之「正確的性」。用法益概念來解釋，即係社會上對於性之道德感情，亦即認為純潔並且基於感情而生之性方才符合普遍道德標準的一種價值觀。於是就可以發現，法益最後歸屬者不是性行為當事人，而是旁觀的人們。真正的「被害人」不是主動、無反抗地接受系爭性行為之智能障礙者，而是被動地觀覽、聽聞、接收到此一性行為發生事實的社會大眾。

從而，在這裡我們看到，原應自立法趨勢中悄然隱退的「性犯罪悖德說」復甦了。法律並不是要為欠缺性自主同意能力的智能不足者代言，而是為社會上擁護的性圖像代言。我國大法官會議在其解釋中所謂得以刺激或滿足他人性慾、侵害一般人之性道德感情，這些原本僅應用來解釋妨害風化罪章中之規範構成要件要素的概念，仍然存在於妨害性自主罪章的不法構成要件內涵裡。

第二款 「主體保護」背後真正的理由：情感與政治

第一目 智障者與性：雙重羞恥

現在，讓我們且將立法理由所宣稱個人性主體保護的目的放下，重新檢視系爭規範存在的社會情感上意義。

在本文第四章第五節中，介紹了美國學者 Nussbaum 對於人類性羞恥感來源的解釋，其主張人類在性活動過程所進行的身體裸露、體液排出之中，感受到自身終有一日會走向腐敗、死亡的必然現實，從而將性活動視為不潔並應予以隱蔽。在 Nussbaum 的觀點裡，出現在大眾眼前的障礙者如同暴露的性行為資訊一般，提

醒了大眾對自身不完美的恐懼，從而引發大眾在情緒上的羞恥感覺。她如此描述²⁶⁷：

「無論如何，『正常人』通常認為自己是完全的，那些有異常障礙的人才是有缺陷的，他們是一堆好蘋果中的爛蘋果，混在健康食物中的爛食物。……在容納身心障礙人士（尤其精神障礙者）出現於學校和公共場所時，大多數現代社會所表現出的不情願也透露了同樣的不安感，認為他們的存在會使他人的生命跟著腐敗。」

在此一心理驅使下，智能障礙者從事性行為一事，對於社會公眾之情感乃造成加倍不安的結果。兩種原本不應出現於公眾場域的東西——有缺陷的人類心智，以及脆弱並逐步邁向死亡的肉體，雙重的羞恥感令大眾難以忍受。同時，智能障礙者表現出如同孩童般的認知與舉止，也讓公眾在面對他們的性活動時，聯想到兒童的性行為，進而直覺地認為應加以禁止，縱然依本文在前面（參第三章第二節第五項）所進行的說明，對幼年人性行為之規制係來自相異於智能障礙者的正當化基礎。對於大眾而言，其就兒童所生的純潔性想像²⁶⁸也過渡到智商等同於兒童的智能不足者身上。而在這些智能不足者身上發生的性，間接侵害了公眾心目中的一塊聖域，進一步引發拒斥的感覺。這種要求保護特定族群免於遭受來自性活動之「汙染」²⁶⁹的心理傾向，形塑出一套關於性的道德感情，這就是所謂悖德犯罪說的具體內容。

第二目 社會拒絕付出成本

在討論中重度以上智能不足者的性行為模式時，其實有相當大一部分的質疑並不是針對系爭性行為本身之合理性，而是來自於後續社會整體所面臨的問題²⁷⁰。

²⁶⁷ Nussbaum, 前揭書，頁 450-451。

²⁶⁸ 參謝煜偉，〈論虛擬兒童的刑事立法規制——誰的青春肉體不可褻瀆？〉，《月旦法學雜誌》，186 期，2010 年 11 月，頁 53 以下。另參周政，周政，〈論虛擬兒童色情之刑事規制——對於「國際共識」的觀察與反思一〉，國立台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2011 年 8 月，頁 139 以下。

²⁶⁹ 謝煜偉，前揭文，頁 54。

²⁷⁰ 可參照 Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *Psychiatric Ethics and the Rights of Persons with Mental Disabilities in Institutions and the Community*, Chapter 2. Institutional

詳言之，肯定有不少人會問：照這麼說，那以後誰都可以隨便跟智能障礙者發生關係，要是他們懷孕了怎麼辦？他們連自己都照顧不好，要如何照顧小孩？更糟糕的情況，要是小孩本身也有問題怎麼辦？誰要養他們？要是智能障礙者跟別人亂搞關係，導致自己感染了什麼疾病怎麼辦？誰要出錢治療、長期照顧他們？

「誰要出錢？誰要承擔社會成本？」——這才是最終極的質疑。事實上，由新聞、網路言論，以及日常周遭所接觸的情形觀之，當社會一般大眾在討論到智能不足者發生性行爲的問題時，直覺所想並非智能不足者本身之主體性地位是否受到侵犯，亦未考慮到智能不足者之性自主實踐可能性；現實的真相是，關於智能不足者的生命得以健全開展與否，人們根本就不關心。之所以要禁止無自我照顧能力的智能不足者任意與他人發生性行爲，重點是避免後續產生之問題導致社會成本的高額支出。從生產環結與社會勞動資源的角度言，智能障礙者不同於兒童，他們很難在未來成為能夠投入生產環結的勞動力，也無法成為下一代優秀勞動力的提供者，從而政策的重心並不放在育成與強化智能不足者的健全身體、或是訓練其在未來建立美好家庭與擔任盡職雙親等積極任務上，而是在於消極地盡量減少這個社會必須為他們付出的資源總量。

比起放任這些智能不足者在毫不考慮後果的情形下隨意與人發生性行爲，進而導致國家得花費其他代價為其善後，不如在事前即予以禁止，而動用刑法似乎是一種成本最低、也最有效率的方式。至於處罰的對象，由於對不了解性行爲本身意義與行爲可能招致後果的智能不足者顯然無法課予任何刑事責任，這時候的非難焦點便集中至與智能障礙者發生性行爲的「正常行爲人」身上。說得淺白些，行爲人明知與智能不足者發生性行爲可能增加整個社會成本的支出，卻還為了一己私慾為所欲為，那麼這種損耗社會共同資源的行爲自然必須處罰，以杜絕將來同樣的情形持續發生。

第四節 無可抹殺的個體存在・無法逃避的社會責任

第一項 以社會成本節約作為法益保護標的之正當性問題

如果說乘機性交猥褻罪在針對特定智能不足者的適用範圍上，不免產生保護法益錯置的正當性質疑，這是否表示，若是社會上擁有多數相類價值觀的成員，透過民主立法方式，改變個別規範保護目的時，系爭規範便可以名正言順地獲得其適用之權力？亦即，人們可不可以坦白地說，社會就是不想看到這些人胡亂發生性行爲、不想看到有人與他們發生性行爲，更不樂見性行爲後可能衍生之一連串社會問題，從而將此一禁止智能不足族群在特定要件下發生性行爲的規定，直接由妨害性自主罪章移至妨害風化罪章、甚至是精神衛生之特別法中，如此一來是否就能為法益保護的問題解套？

第一款 目的的審查

從法律研究者的觀點而言，我們試圖為現行有效的刑法規範找到一個正當化基礎，找到一種符合法益概念與衡平原則的規範解釋方法，從而選擇了主體實踐的途徑，希望能將規範利益迴向給作為被害客體的智能不足者。倘若這條路果真可以提供規範適用時的妥善解釋，並且果真能夠達到維護智能不足者之性自主權利、確保其主體地位之效用，那麼此一規範就仍有存在的機能，而大眾內心對於從智能不足者之性活動中所感受到的脆弱與必死威脅，以及對於社會必須負責替智能不足者從事性活動所生疾病與育兒問題善後一事所抱持的厭惡情感，也就可以被隱藏在主體論述的背後，免於直接遭受到規範正當性標準的檢視。質言之，假設依照目前乘機性交猥褻罪之解釋適用方式，確實能夠達到其所宣稱之形式規範目的，那麼無論此一規範在制定時是否還存在其他的潛在實質目的，也就變得較為不重要。

然而，倘若現行解釋適用途徑在根本上受到了質疑，換句話說，當我們發現，現行乘機性交猥褻罪在處理智能不足者之性行爲案件時，其實無法真正讓規範宣稱之保護法益——所謂性自主決定權利得以實現，那麼勢必得進一步探究此一規定之所以要如此解釋的原因，也就得將原本隱而不顯的法益內容：社會大眾對於這些族群與對於此等性活動的情感，拿來作為規範正當性的檢討對象。

究竟公眾的羞恥感情，以及對社會資源的節約，能否作為法益內容受到保護，並由是以刑法限制特定性活動的發生？本文所持觀點是否定的。誠然，法律規範內容係受限於社會的多數意識，而無可避免地必須相合於當代主流價值選擇²⁷¹。從比例原則的操作上觀之，似乎只要越過那一道經過量化的公眾多數利益門檻，證明規範所限制之法益（某些特定情境下智能不足者從事性活動的自由、嚴重智能不足者任意生養後代的可能性、以及一個健全的人任意與嚴重智能不足者發生性行爲的權利）與其所維護之法益（社會整體資源支出）間未達輕重失衡的程度，就沒有理由質疑此一規範實存的正當性。

然而，本文認為，在進行比例原則的具體操作之前，理應先自根本價值方向中做出選擇。倘若未顧及具體的權利內涵審查，那麼就會如同論者在對於比例原則概念提出批判時所說：「容易成為價值中立的空洞公式」²⁷²。比例原則在運作上，看似客觀地比較兩種法益（規範目的）間孰輕孰重，然而此處忽略了一件事——這個客觀比較，是以兩種法益在價值上完全相等為前提而進行，換句話說，在提出比例原則標準「之前」，並未深入地探討系爭規範目的本身是否、或具備何種程度上的規範必要，亦未確實將衡平原則下兩種不同類型的法益內涵，從本質上區分出高低先後來²⁷³。

²⁷¹ 黃榮堅，前揭書，2012年3月，頁44。

²⁷² 參黃昭元，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《台大法學論叢》，33卷第3期，頁113。

²⁷³ 當然，就當前德國實務及學說關於此一原則之論述觀察，並非完全如同批評者所言，將價值差

就本文所要探討的重點而言，在討論是否得以社會整體成本限制特定類型的性活動發生之前，亦須先比較此二命題背後的核心價值。值得注意者為，在此所要進行比較與審查的標的，並非止於表面上「社會對身心障礙者之生活及其育兒所需成本」與「特定行為人與智能不足者自主從事其性活動之個人權利」之比較，而是「國家整體社會福利之支出」與「公民依其本有之自我，透過性活動發生與否之選擇，在社會中開展其生命歷程的可能性」。質言之，連結到個人性生活安排與個人性同意能力者，不單單只是關於性的權利而已。這關乎一種人類面對生命的方式，也是國家在社會群體秩序與個人生命開展之間所要選擇的一種態度。我們要把何種價值擺在前面？

第二款 抽離個人主體內涵的立法欠缺正當性

自本文所採的立場觀之，個體依循其本有樣貌進而開展其行動可能性的確保，其價值應該優先於社會整體經濟成本支出。這個觀點的基礎之一，是根源於近代法社會體制上對於個人價值愈益推崇之立場的貫徹。詳言之，是近代國家所發展出來「對社會上每一個成員都不會放過」²⁷⁴的個體化權力（亦即所謂「牧羊人的權力」），將個體塑造成主體。在近代以來的法秩序中，主體受到無限關注，成為規範保護的重心，無論在何種法領域內，個人主體性之確保可以說是位階最高的規範目的所在。

法秩序是以人的自我實現為目的²⁷⁵。法秩序之具體建構，應該要以保障個人

異問題一概忽略，在進行狹義比例原則審查時，亦兼會比較具體保護法益對象間之位階，如人身法益與財產法益即存在先後順序之差異。不過，觀諸國內實務見解、司法解釋及學說論著，確實容易出現僅僅關注規範手段、而忽略審查檢討核心價值的現象。尤其在遇到抽象的超個人法益作為規範目的之時，其價值之間應如何取捨，經常被排除於討論焦點之外。詳言之，傳統比例原則的應用，原本僅集中審查規範手段之合宜性，而未包括對於特定規範目的之審查，此係基於權力分立考量，認為立法權在規範目的的選擇上擁有所謂立法形成自由之故，因此往往只採用十分寬鬆的公益原則作為審查基準，造成幾近於推定合憲的結果。參黃昭元，前揭文，頁121-122。

²⁷⁴ 姚人多，前揭文，頁112。

²⁷⁵ 許育典，〈從人的自我實現作為基本權的本質（上）建構多元文化國的教育〉，《月旦法學雜

自我選擇、自我實現為依歸。如果今天肯認一個人身為主體的地位——無論其心智相較於一般人是否有所欠缺，那麼關於這個人對自己生命樣態的安排，不管是妥當，規範都沒有理由加以禁止，社會亦無理由拒絕為此個體付出相應的成本，因為這就是當代價值要肯認個人自我認同、自我實現時應該同時承擔的義務。正如同今天我們不能以教育智能不足者、或是幫助智能不足者求職謀生需要花費更多社會成本為由明文禁止其接受教育或謀生一樣（事實上規範所採的態度剛好相反），對於智能不足者的性——縱然只是基於生理上的渴望、或是僅僅為了微薄的對價、甚至只是為了維持其少得可憐的社會人際網絡，也都不應以規範，尤其是刑法規範加以限制。

另一方面，倘若觀察實務上由於與智能不足者發生性行為而被論以乘機性交猥褻罪的對象，即可發現多數行為人都是社會經濟結構內的中下階層者，又或是無伴侶的高齡者或身心障礙者。從這些行為人的角度來看，透過與其周遭接觸到的智能障礙者發生性行為，或許也是他們滿足性需求的有限途徑。在此，刑罰權的發動，所牽涉者不僅僅是作為被害人的智能障礙者之積極性自主權利，亦關係到作為刑罰對象的行為人權利。用必然具備痛苦性的刑罰限制公民自由與自主，以保護一種抽象而難以確定的社會整體成本，並且實質地背反個人自主決定價值的基本預設原則，此一選項實難通過目的正當性的前階段檢驗。

第三款 面對自私

自私乃是人性的一環。對於犯罪的厭惡，反映了人類社會中最原始的情感：自私、噁心、恐懼。人們愛自己，遠勝於其他毫不相干之人。對於社會群體中的弱勢者加以扶持，似乎是現今社會的共識與理想，然而，當政策形成過程中，人們發現自己的平穩、安全、或甚至只是舉目之景受到威脅或影響時，多少人的熱

情即就此退縮。舉例來說，除了當事人或其家屬，很少有人關心癌症患者的治療與照顧問題；直至今日，仍不存在為玻璃娃娃量身打造的校園；愛滋病患是無助而亟需控制病情的，但當愛滋收容之家要進駐社區時，便會激起當地居民莫大恐慌²⁷⁶。

但本文在此要主張的重點，不是在譴責自私，而是希望人們能夠正視自私。在檢討規範體系價值以及規範保護目的時，不要將自私包裹為博愛，將恐懼偽裝成正義，將自身對經濟、效率、成本、道德與安全感的渴求描述為替弱勢者代言、幫助其實現主體的高貴之舉。或許這樣的回頭反顧還不足以立即產生何種規範或制度上效益，或許在承認了自私的人性之後，這個社會上的多數群體依然（很有可能）選擇遵循著自私建立規範模型，將實證法推向更赤裸裸的生存競爭。

然而，這至少是一個契機。如果願意相信人類仍有學習與改變的可能，那麼毫不掩飾地望進自己內心中最黑暗的那個角落，就是那最初向前踏出的一步。當人類意識到自身的卑劣與欲望時，是否會試著朝向不一樣的道路走去？如果社會集體意識仍然信仰著一套以關懷、善意、謙遜、崇尚自主、相互尊重與體諒的價值，那麼就沒有理由容忍在實質上並非以這些價值為出發點、甚至完全背道而馳的刑罰規範系統。無論最後將走向何方，人類必須學會面對自己的自私，而後方有可能開啟反省的大門。

第二項 國家角色的轉換

在古典自由主義的思潮下，國家的任務僅止於不任意干預人民的生活。亦即，放任各形各色不同背景、不同能力、不同形態的人們在社會群體中自由發展，也各自承擔其自己的行為責任。然而，這樣的思想背後，即隱約含有一種「弱者自

²⁷⁶ 參照〈愛滋病患收容爭議 法院判決須遷出社區〉，林長順報導，《大紀元電子報》，2006年10月11日，網址：<http://www.epochtimes.com/b5/6/10/11/n1483717.htm>，最後點閱日期：2012年3月18日；臺北地方法院95年重訴字第542號民事判決。

生自滅」的價值觀。這樣的價值觀，在經濟市場全球化、後工業化、資本主義漸趨爛熟的時代，實是相當危險的。國家與政府的最小化，將使人與人之間的關係回到弱肉強食的叢林法則²⁷⁷。經由少數權力掌握者的主導，益愈嚴密的法網，全面監控的機構，以及大規模的企業活動，在在使得強者與弱者間的界限更加分明，逐漸擴大成為難以逾越的鴻溝。

在此一氛圍下，現代國家應被賦予新的任務：以其權力適度調整社會中的利益失衡狀態，將資源重新分配給難以脫離社會底層的弱勢者。關於精神疾患者的醫療照護，乃至正常生活維繫、自我發展滿足，自然亦為國家任務的一環。倘若社會成員當真要貫徹所謂保障弱勢的精神，那麼經由立法賦予國家這個任務的目的，就不是為了中產階級的安心感，更非來自父長式（paternalism）的干預，而是真正確認這些智能不足者的權利主體地位——並非擬制的、以規範為其塑造出來的主體地位，而是根基於其本有的現世實存，尊重其主觀上每一個（也許並非盡善盡美的）生命決定，在確保其自由與人格之前提下，為他們盡國家的保護與照顧義務。

挾國家權力以行的法律，應該呈現何種規範面貌？適用法律之人又該如何進行詮釋？本文認為，透過法律所要提供給這些族群的，不是一個所謂社會眼中的最佳選擇，而是一種選擇可能性。不是以等同於強勢價值的利益衡量方式替他們代言，而是確保他們的發言權利，並且認真面對他們發言、決定之後所產生的諸多問題。如同上文所說，這最終是一個態度的問題，一個社會選擇的問題。

²⁷⁷ 黃榮堅，〈刑事政策之外〉，收錄於李佳玲著，《在地的刑罰・全球的秩序》，2009年1月，推薦序。

第五節 智能障礙者性同意能力的再肯定

第一項 性圖像內容之侵害與否來自於個體本身的認定

本文承認，當一種社會上普遍、既定的性道德感情，透過教育、人類彼此之互動與評價過程，轉換為個人腦海中之性圖像與性主體實踐方式的時候，即成為個人性自主決定權之具體內容，亦即成為刑法妨害性自主罪章下的保護法益而具有規範必要性。社會上對於性道德觀感背後所連結的人格評價亦同，當這個評價轉而成為被害人看待自己的方式，那麼一種違反社會性道德感的性活動——比如說讓被害人失去「貞操」之性侵害行為，就有可能造成被害人自我認同感受之減損²⁷⁸。這並不是說貞操概念本身是一個值得被獨立保護的法益，而是必須承認，個人在傳統貞操概念灌輸下，藉由貞操保有以建立自我價值認同一事，乃是今日無可奈何的現實。若是個人對於其主體人格價值之認定，會受到來自他者眼光的影響（事實上就是如此），那麼純粹保護個人法益之規範，亦不免附帶產生對於社會（多數他者）法益連動性保護的結果。

然則，我們必須釐清的一點是：只要立法者對於具體規範目的之定位，仍維持在個人法益的保護，那麼社會整體通念便僅會、亦僅應在成為具體個人法益內容之一部時，才具有規範解釋上的合理性，據此發動之國家刑罰權也才具有最低限度的正當性。是以，在乘機性交猥褻罪的規範適用上，只有當被害人存在一可受確認的性圖像、此一性圖像之具體內容又與社會對於性的評價性認知相當，且行為人亦對於此有所知悉時，才可以說行為人在未得被害人同意的情況下與之發生性接觸，是對於其性圖像以及其背後所連接之性主體法益造成侵害的犯罪行為。反之，若是被害人主觀上並未存有一種來自於外界的性道德圖像，那麼刑法亦無

²⁷⁸ 參黃榮堅，〈2011年刑事法發展回顧——慾望年代，慾望刑法？〉《台大法學論叢》，40卷特刊，2011年10月，註106。

理由說在系爭案件中有這樣一套性圖像內涵遭受了侵害，因為從被害人的角度來講，侵害標的根本不存在。當行為人亦了解到被害人的此種狀態，也同時阻卻了主觀不法構成要件的成立。

第二項 「性主體」語言結構下的警覺：多元價值的性主體實踐

在本文第四章，探討了乘機性交猥褻罪的保護法益問題，並且一路追溯到人類主體意識的起源，以及「性」在人類面對自我身體的感覺以及社會國家權力作用下，如何成為主體實踐的重要媒介。個人並非生來就是主體，主體概念的存在與詮釋亦非屬真理般不可動搖，而是在權力—知識—語言結構下產生，不斷滲入個體對自我的認知中，在個體擺脫客體化的不斷反省過程裡再次生產其主體性。而該章最後的重點即在指出，當人們有機會認識到主體概念生成的歷史，那麼在解釋上，就有機會賦予主體實踐更多元的意義。質言之，基於一種多元價值（依照本文觀點，也就是每個個體本來持有的價值選擇）而實踐出來的主體性，應該在規範上受到尊重。

或許有人會質疑：讓每個個體都憑著他原本的狀態、原本的心理認知去選擇，真的是好事嗎？明明知道一個人的選擇可能對他自己造成傷害，明明知道一個人與其他社會上的個體相較，想得不夠多、不夠深，這個人可能會因為他自己欠缺一般常人認知背景而作出讓自己難堪、甚至後悔的選擇，此時法律不應該出手保護他們嗎？「只因為這些智能不足者所感受到的痛苦，可能不若一般人那樣強烈，或只因他們對於這種事情根本難以形成痛苦的感受，就可以不處罰那些將智能不足者當成玩物、任意利用他們發洩性慾的可惡行為人嗎？」針對此一可能的質疑，本文見解為：是的，刑法確實不應該這麼做。本文認為，所謂人格尊嚴實踐，乃是屬於高度個人化的產物。每一個人根據其生來與後天所擁有的一切生理與心理、社會條件，以及經由長期習得、當下利害衡量與複雜動機，由個別具體決定、在

意識與無意識間，與他人互動所積累而成的獨特生命週期，就是一種主體實存。當社會與規範承認這一種實存的意義並予以肯定，個人的主體性即由是而生，其人格尊嚴亦體現其中。

這樣的主體認定方式，目的並不在於為每一個體保證完美無缺、幸福快樂的人生。自主行動的結果不一定對自己有益，「選擇」與「好的選擇」乃是不同層次的事情。法律所應該要致力維護者，應該是個人的選擇可能性，以及根據其本有自我（包括其已然在腦中成形的一切認知）而來的選擇結果，而非特定的選擇內容。在性的實踐上亦是如此，法律所應該保護的並非一種抽象、而由社會定道德價值加以填充的「性完整」（sexuelle Integrität）²⁷⁹，而是由個體自行主宰的自我身體與自我性生活。抽離了自主，何來完整²⁸⁰？不是來自於主體本身的決定，又如何稱之為主體決定？

第三項 保護法益的實質界限

對於上述看法，還是有可能出現質疑認為，從民事法觀點來說，對於因心智障礙導致無法自理其財產之人，不也是透過財產監護宣告制度，剝奪其自主處分財產的權利²⁸¹嗎？雖然透過法律將其意思表示規定為無效或得撤銷，某種程度上限制了他們在契約交易上的自主，但其目的乃是為了要保護他們，避免其由於判斷能力不足、太容易受到來自外界的影響，而將自己的財產花用殆盡，造成對己不利益的結果。照這個角度看來，為什麼刑法上不能基於相同的法理，限制特定

²⁷⁹ 許玉秀，〈重新學習性自主——勇敢面對問題〉，《月旦法學雜誌》，200期特刊，2012年1月，頁311。

²⁸⁰ 許玉秀，前揭文，頁318。

²⁸¹ 民法第十四條：「對於因精神障礙或其他心智缺陷，致不能為意思表示或受意思表示，或不能辨識其意思表示之效果者，法院得因本人、配偶、四親等內之親屬、最近一年有同居事實之其他親屬、檢察官、主管機關或社會福利機構之聲請，為監護之宣告。受監護之原因消滅時，法院應依前項聲請權人之聲請，撤銷其宣告。法院對於監護之聲請，認為未達第一項之程度者，得依第十五條之一第一項規定，為輔助之宣告。受監護之原因消滅，而仍有輔助之必要者，法院得依第十五條之一第一項規定，變更為輔助之宣告。」。

智能障礙族群在某一程度上的性自主決定權利呢？這樣做雖然會讓其無法享有完整的自主性活動選擇與性生活安排，但卻也讓其得以免於來自他人不懷好意的對待，更重要的是，確保其不在當前社會思維下，淪為世俗眼光下的蕩婦或工具，間接確保其（原本已經由於遭受異化對待而不高的）社會外在地位，讓他們在未來能擁有更多機會組成美滿而幸福的家庭。難道這不是國家乃至其他公民應該透過法規範所致力從事的工作嗎？

確實，上文中所以要說「規範形式上承認性的多元價值」，意指現實上並非如此。現實情況是，社會已經接受了一套純潔、私密、非商品化的性圖像認知，並且以之作為評價個人人格高低的標準。縱使目前妨害性自主罪章一再強調個人性圖像與具體性活動的自由化，但在社會主流價值實際上未能隨著宣告式規範目的而轉變的情況下，撤銷對於智能不足者的擬制主體選擇，等於放任其暴露於濫交與危險性行為的高度可能性中，並且當一個智能不足者因而擁有頻繁性行為與多重性伴侶時，其家庭與社會基於現實中尚未消弭的貞操觀點與就理想性圖像的當然認知，對於這些智能不足者的人格評價不免會有所減損，而這往往是導致系爭智能不足之被害人直接感受到痛苦的來源。

然而，本文始終要強調一個重點：就刑法妨害性自主罪章下的乘機性交猥褻罪而言，性自主——個人性圖像的完整與實踐，才是它所要保護的法益。逸脫此一範圍的傷害，並非本罪所要處理的對象。某些性行為之發生可能衍生當事者家人之痛苦，也可能連帶引起社會上對於當事人的負面評價，這些本文都不否認。但是，正如同刑法不會由於被害人因毀容、重傷所致之嚴重殘疾造成其未來實質社會地位上的負面影響，而主張刑法的重傷罪應兼而保護其名譽法益一樣，乘機性交猥褻罪的規範重心，僅在以性為內容的自主權利，不及於其他。只有當性自主權遭受侵害時，刑法方有介入的正當性。至於其他涉及被害人社會名譽或第三人感情上之痛苦，只有當其被納入性圖像內容之中，成為被害人性自主權一環時，

方有隨同性圖像被保護的可能，這也是法益概念作為罪刑法定主義實質界限的意義所在。



第六節 乘機性交猥褻罪要件在解釋論上的重構

第一項 以乘機性交猥褻罪處理的核心案型

第一款 一時性的不知抗拒

從現行實務上處理的案件觀之，乘機性交猥褻罪在適用上，最常見的其實是針對一般人由於自己因素（如飲酒、服藥、因病或因傷）陷入意識喪失之狀態，在此狀態下與行為人發生性接觸的情形，即最高法院所稱「被害人雖非精神、身體障礙、心智缺陷，但受性交時，因昏暈、酣眠、泥醉等相類似之情形，致無同意性交之理解，或無抗拒性交之能力者而言；至被害人之所以有此情狀，縱因自己之行為所致，仍不能解免乘機對其性交者之刑責，倘行為人係利用被害人因昏暈、酣眠、泥醉之際，對被害人為性交之行為，自應論以刑法第 225 條第 1 項之乘機性交罪。」²⁸²相關案件數量相當多，典型者如趁被害人飲酒至醉，意識不清或無由自主時與其發生性行為：「被告二人於 97 年 12 月 27 日下午第二次返回汽車旅館時，因見 A 女酒醉嘔吐後癱軟於床上，乃利用 A 女酒醉無力而行動無法自主，處於相類於精神障礙而不能抗拒之狀態，被告楊瑞鵬先令被告 B 女褪去 A 女之衣褲，並撫摸 A 女胸部，以手指插入 A 女性器內，被告楊瑞鵬則在一旁觀看及自慰，之後再由被告楊瑞鵬接續以其性器進入 A 女性器，被告 B 女則在一旁以手撫摸 A 女之胸部，共同以前揭方式對 A 女乘機性交得逞」²⁸³。

²⁸² 最高法院 99 年度台上字第 1155 號判決，另參照最高法院 96 年度臺上字第 4376 號、99 年度臺上字第 2520 號判決意旨。

²⁸³ 臺灣高等法院 99 年度上訴字第 4328 號判決。其他相類判決，如臺灣高等法院 100 年度上訴字第 133 號判決、100 年度侵上訴字第 25 號判決、99 年度上訴字第 4165 號判決、99 年度上訴字第 4045 號判決、99 年度上訴字第 3273 號判決、99 年度上更(一)字第 128 號判決、99 年度上訴字第 1232 號判決、99 年度上更(一)字第 90 號判決、99 年度上訴字第 298 號判決、99 年度上訴字第 313 號判決、98 年度上更(一)字第 506 號判決、臺灣高等法院臺中分院 100 年度上訴字第 127 號判決、98 年度重上更(一)字第 147 號判決、99 年度上訴字第 1877 號判決、99 年度上訴字第 1589 號判決、99 年度上訴字第 908 號判決、98 年度上更(一)字第 230 號判決、99 年度上訴字第 4 號判決、98 年

這種欠缺意識、乃至於對系爭性行爲之發生完全不知抗拒之狀態，基本上是短暫、一時性的，被害人在可能預見之期間過後即會甦醒，並且可以預見到的是，被害人清醒之後，將會由於得知其意識喪失期間所發生之性接觸行爲違背其主觀上性圖像之內容，感到其性圖像遭受了破壞，並進一步感到其主體人格因此受到侵害。這一類案件，乃顯然侵害了被害人主觀的抽象性圖像，違反被害人性之自主權利，因而造成被害人主體人格上的傷害與痛苦，從而也是刑法第二百二十五條乘機性交猥褻罪在實務適用上的典型。

第二款 因身體障礙導致抗拒能力喪失

被害人由於身體障礙導致不能抗拒，例如被害人由於身體殘疾、受傷無法動彈、被第三人或其他外在強制力所束縛等情形均屬之，學說上認為此屬被害人「知道危險但無法逃離」之情形²⁸⁴。在這種案件類型裡，被害人在主觀上尚有意識，並且抗拒系爭性接觸行爲之發生，但由於身體上限制而無法將抗拒意識表現為具體的抗拒行爲。就法益侵害所造成的痛苦性來說，行為人係在被害人意識完全具備時，違反其性自主之意思自由與之發生性接觸，其結果就是同時破壞了被害人主觀上性圖像的完整以及其具體意思形成與意思實現之自由，如此則系爭行爲的不法性實與強制性交猥褻罪之不法沒有什麼兩樣²⁸⁵。

針對此一不法構成要件要素，值得留意的地方有二：其一是它反映了當初在制定本罪時，並非以被害人具體意思存否為據，而僅是以行為人是否實施強制手

度上訴字第 2692 號判決、臺灣高等法院臺南分院 100 年度上更(一)字第 16 號判決、99 年度上訴字第 741 號判決、臺灣高等法院高雄分院 100 年度侵上訴字第 702 號判決、100 年度上訴字第 47 號判決、99 年度上訴字第 855 號判決、99 年度上訴字第 426 號判決、98 年度上訴字第 1821 號判決、98 年度上訴字第 409 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 100 年度上訴字第 21 號判決、98 年度上更(一)字第 55 號判決、福建高等法院金門分院 99 年度上訴字第 21 號判決等。可以看出，實務上絕大多數的判決，都是處理此一類型的案件。

²⁸⁴ 許玉秀，〈妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？〉，《台灣本土法學雜誌》，32 期，2003 年 1 月，頁 32。

²⁸⁵ 參李聖傑，前揭文，頁 20。

段來區分強姦與準強姦罪的立法背景；其二是本條與第二百二十一條、二百九十四條的規範交錯問題。在現行法所表彰的法益概念中，個人性圖像應受完整維護，「所有的人都應該正視並且絕對尊重每一個人在每一個時刻所表達出來的性的自主意識」²⁸⁶，這種以被害人主體意識為中心的法益思考模式對照到不法構成要件上，理應成為普通強制性交猥褻罪與乘機性交猥褻罪的界限判斷標準：行為人利用任何方法，在性自主圖像之外，尚影響被害人關於性行為具體的意思形成、意思實現乃至個別行動自由時，屬強制性交猥褻罪之規範範圍，反之，破壞被害人抽象之性圖像，但並未影響其具體意思與行動自由者，則屬乘機性交猥褻罪所規制的對象。據此，則因身體障礙無法抗拒是否應該改列於普通強制性交猥褻罪之規定下²⁸⁷？即不無探討空間。此外，就這兩種侵害態樣而言，是否要給予相同的刑度，似乎也有待商榷²⁸⁸。礙於篇幅，本文在此乃暫不討論。

另外，此一構成要件要素亦顯示出在強制性交猥褻罪中，實務對於「違反其意願」解釋上的問題。亦即，按照實務見解所指，「修正後所稱其他『違反其意願之方法』，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，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，始符立法本旨。」²⁸⁹如此則被害人縱因身體障礙致不能抗拒，意識上猶能反對之，則行為人仍屬違反其意願而與其發生性接觸行為，應直接論處強制性交或強制猥褻罪，而不待適用第二百二十五條條文。在現行法尚將第二百二十一條、

²⁸⁶ 李聖傑，前揭文，頁21。

²⁸⁷ 當然，學說通說與實務對於乘機性交猥褻罪之基本解釋是，被害人不知或不能抗拒之原因並非行為人所造成，而第二百二十一條與第二百二十四條則要求行為人必須先為一違反被害人意願之強制措施，參71年台上字第1562號判例。不過，就法益侵害角度而言，由行為人或第三人致使被害人陷入抗拒知能喪失之狀態，實無差異，在比較法的規範上，日本刑法中的準強姦罪即包含了由行為人令被害人陷於抗拒不能或心神喪失狀態的類型，參日本刑法第一八〇條，前文第二章第一節第二項。如果說是為了以行為手段區別行為人惡性輕重，由法定刑觀之，卻又不見區分實益。

²⁸⁸ 參黃榮堅，〈刑法增修概說〉，《台灣本土法學雜誌》，2期，1999，頁208。

²⁸⁹ 最高法院97年第5次刑事庭會議決議。另參刑法第二百二十一條立法理由。對於此一見解學說提出諸多批評，可參見甘添貴，〈刑法各論（下）〉，2010年2月，頁237-238；黃榮堅，〈2010年刑事法發展回顧〉，《臺大法學論叢》，第40卷特刊，2011年10月，1834-1835。

第二百二十四條與第二百二十五條分設規定的體系架構下，是否要逕行擴張強制性交猥褻罪的適用範圍，亦有待檢討。

第三款 針對強制性交猥褻罪之補漏功能

我國刑法第二百二十五條之規定最早承襲自日本法，稱準強姦罪。本罪之初設，原在填補強制性交罪之漏洞，亦即，由於行爲人在性交當時欠缺強制手段之施用，無法滿足強制性交罪之要件，然而本罪之行爲結果，對於傳統的貞操概念同樣造成侵害，故特設本罪以補充之。在本罪章轉而強調性自主決定的保護之後，在原屬準強姦罪的情形，行爲人在被害人一時喪失抗拒知能狀態下與之發生性行爲，對於一般心智狀態類同於社會多數主觀之成人來說，依舊造成極大痛苦，是以此時修正後的乘機性交猥褻罪依然擔任著補充強制性交猥褻罪的角色。在此一脈絡下，對於乘機性交猥褻罪所侵害之法益內容，亦應與強制性交罪做相同的理解，即個人性圖像之維護，所不同者僅在於被害人當下是否連帶受有意思自由或行動自由之侵害，而反映在行爲手段上，也就隨之形成行爲人有無需要以直接或間接強制力壓制被害人具體自由的差異。

第二項 智能障礙者作為被害人情形下的規範適用

第一款 智能障礙者作為乘機性交猥褻罪之被害人的主觀意向分析

按照本文所採取的觀點，在適用與智能障礙者發生性行爲相關案件的乘機性交猥褻罪不法構成要件時，理應有所調整。依照實務上目前常見的幾種案型，大致作如下探討：

其一，被害人擁有接近於一般人的性圖像內容，亦即其雖患有智能不足的情形，但並未因此陷入「不能或不知抗拒」之狀態，故仍能對於系爭事實進行認知

判斷，並做出具備法律上阻卻不法構成要件的性行爲同意表示。此種案例大多不會造成實務上適用的問題，蓋若法院已經認定，系爭被害人對性行爲所持認知與社會通念相類，那麼只要進一步調查，看看被害人有無在行爲時表示同意即可，若其為自願接受性行爲之發生，行爲人即不構成任何妨害性自主罪。

其二，由客觀情狀觀察，可以推知系爭被害人似乎存在特定關於性之圖像，只是顯然此一圖像之具體內容和所謂「一般社會通念」不合。例如在德國[悲情鴛鴦師生戀案]中被法院視為被害人的女學生，若是行爲人所述系爭事實為真，那麼在兩人第一次發生性行爲當時，乃是由於被害人自慰所引發、並且在性行爲之過程中，被害人亦透過行爲人達到了性需求的滿足。據此，我們可以得知，被害人腦海中對於兩個人之間所發生的事，其實是抱持著一種正面情緒。顯然，被害人並不知道何謂社會通念下所普遍存在的「正確性認知」——要跟誰、在什麼場合、具備什麼前提之下進行，甚至她的腦海裡根本就沒有浮現出「性」這個字，但是，她對於當下發生在自己身上的「這件事」係有所感知、並且也主動接受。至於被害人何以會接受這個狀況下發生的性行爲，比較有可能是基於一種純粹生理反應上的表現，在此姑且稱之為「生理意義的性圖像」。

其三，被害人在主觀上似乎對於性之概念並未存在任何想法，或者說無法自被害人的外顯行爲中看出其對於性之認知為何，但是基於其他情感或是物質上原因，主動接受與行爲人發生性關係。在上例中，被害之智能不足女學生，除了自己生理上對性產生好奇或需要，亦有可能同時含有對被告極度的信賴與好感，情緒上覺得和被告一起從事此一活動會感到愉悅。此外例如在[廢棄空屋性交案]中被害人之陳述：「… 壬叫其脫褲子其就脫掉，因為壬叫伊作什麼事，伊就做什麼事，因為伊跟壬去撿鐵，撿鐵賣掉的錢，壬會分給伊，所以其會聽壬的話，其沒有想到壬說要把尿尿的地方放進其尿尿的地方時可以說不要」，在這個案子裡，被害人顯然是由於被告壬會將「撿鐵賺來的錢分給她」，從而答應被告與其發生性行

爲。又如在[廟前海誓山盟案]，被害人 A 主動前往被告甲設攤處，甲帶 A 至金鳳宮發誓要娶她爲妻，其後兩人即在車上發生性行爲；在本案，被害人本身究竟有無希望發生性行爲的意向雖不明確，但可以肯定的是被害人相當喜歡被告，欲與被告一同生活，從而亦不排斥與被告從事性之接觸。此種情形，可以稱被害人似因「基於與性滿足無關之其他原因而同意」。

至於第四種，係指被害人由於精神或心智上嚴重缺陷，難以清晰表達對於外在事物之觀感，不僅僅是對於性之認知有所欠缺，對日常生活、乃至人際來往之處理能力亦有不足，是以外觀上亦不存在對於系爭性接觸的同意表示，亦即難以透過一般社會上的語言溝通途徑確認被害人所思所感的案型。例如依最高法院九十九年度台上字第 3057 號判決，本案被害人「經檢察官初次偵訊時，係由輔導老師在旁協助，其應答內容大多以『點頭、搖頭』方式回答問題，無法完整、清楚地自行陳述其被害經過，僅能經由簡要提問之方式，在輔導老師協助下，以簡短、淺顯之用詞或點頭、搖頭之方式應答，與一般人相較，確實有語言及理解、認知能力之明顯缺陷。」對於此處的被害人，既無法得知其性圖像內容、亦無法自外觀上看出一個形式上的同意，個案中僅能確定行爲人未實施強制手段、被害人在行爲當下未表現出恐懼或抗拒而已。此種情形應可稱之爲「無法證明被害人有拒絕或抗拒情形，但亦無從看出被害人有任何同意表示」。

至於其他例如[精神醫院病友案]，依照本案中被害人之陳述，「我有聽過性關係、男女做愛、強暴。我不會討厭跟哥哥（指乙）摸摸愛，也不會喜歡跟哥哥摸摸愛（搖搖頭），我有反抗一下才接受，我喜歡哥哥。」復又謂「我有聽過性關係，但不知道何意思。……生殖器就是男人的纜叫（台語），我有看過。我的生殖器在哪裡我不知道。……我不願意跟乙哥哥 X0 愛。乙哥哥跟我 X0 愛的時候，我沒有推他。因為我沒有辦法。」此一被害人看似對於性行爲具有一定的認知，但是當法院要進一步確認其認知是否與社會通念相符時，卻發生被害人陳述模糊或反覆

不清的情況，以致實際上被害人對於性事到底有無認知、認知程度若何，實難以辨別；其究竟有無因為喜歡被告（乙哥哥）而答應與其發生性行為，亦由於其說詞反覆而不甚清楚，似乎是介於數種情形之間的類型。

第二款 欠缺及難以確認法益侵害時不成立乘機性交猥褻罪

本文認為，以上數種案由類型，無論是被害人基於純粹生理上需要而為同意、由於其他原因而為同意、以及自被害人本身根本無從看出其性圖像之情形，行為人都不成立乘機性交猥褻罪。

一種純粹基於生理意義而來的性行為同意，當然是一個有效同意。刑法妨害性自主罪所要保護者就是個人針對性活動而為之自主安排。對於許多「正常人」而言，此一關於性活動的主觀圖像裡，已經羼入太多無關乎性的要素，這些要素由於和性活動本身交織虬結難以切割，當個人考慮到其性活動安排時，其他相關要素亦隨其既有認知模型連帶成為考慮標的，因而這些要素乃一併被納入個人之性自主保護範圍內。相對地，對於性圖像內並未兼存有這些額外要素的被害人，當然可以就其現存的性圖像樣貌安排其性活動，決定要否與第三人發生性之接觸。自性行為最原初的意義來說，基於生理需求而來的性同意，實則比經過其他考量而生成的那個性同意更加純粹，也更加接近性作為個人利益的原點。

這裡容易產生一個誤解，認為倘若不將主體意識或是人格概念置入智能障礙者的性圖像中（擬制其擁有這樣一種與自我相連的性認知），就是對其主體人格的否定，或者至少是對其主體人格的貶低。但是，這種看法乃是先存有一個預設：主體人格必須要和個人性圖像產生連結，才有可能真正實現。事實上，假如我們接受每一個個人生來即為主體、生來即應被賦予人格價值與尊嚴這樣的命題，那麼也就應該肯定，即使被害人並未將其性圖像連結到自身的主體人格意識上，亦無損其主體性的實存與完整，因為他依然是主體——本來即為主體，其不需要透

過主觀上把主體和性圖像相鍵接來證實自我。就算被害人腦中只有純粹的性，只有赤裸裸的生理慾求，只要是依其主觀意思所做的決定，就是主體的決定。重點並非在於其認識了什麼、做了何種決定，而是他「做了決定」。是這個做決定的動作本身完成了主體人格的實踐。

據此，被害人基於其他與性無關之理由而對系爭行爲爲同意，此時被害人在主觀上仍然是接受系爭身體舉動的發生。至於被害人究竟是基於何種動機而接受發生在自己身上的特定行爲，並非重點。人類原本就是複雜的，人與人之間的關係亦然，涉及到主觀感情者尤甚。一個成年、在醫學與法律上都被承認爲正常之人，當其在與他人發生性關係的時候，腦子裡想的都是「純粹的性」嗎？在從事每一次的性行爲時都能夠獲致生理與心理上共同的滿足嗎？一個人明明不想要，但對方想要，這個人愛對方，所以說好；一個人明明不想要，但對方給他錢，他愛錢，所以他說好。當被害人對系爭性行爲擁有與社會多數相同之性圖像、並且亦對於系爭性行爲之本質有所理解時，無論其基於何種動機而爲同意，該同意均屬有效。那麼當被害人並不具有與社會多數主觀相同的性圖像、或是難以看出其性圖像爲何時，基於他種動機而對系爭行爲表示接受，是否會被允許？

本文認爲，此時的同意應屬有效。蓋此種情形不同於學說上所稱「具備一般理解能力之人對法益，具體言之即是對被放棄的利益射程未能正確評價而爲（法益的）處分……此時該同意不具刑法上重要性」之法益關係錯誤的情形²⁹⁰，較可能受到質疑的點應落在被害人是否對於法益本身欠缺認知，從而在此無認識的情形下放棄其法益係屬無效。對此，本文認爲，就「性之發生」這件事本身來說，透過實際上的肢體碰觸，智能不足的被害人仍然能在行爲當下理解此一舉動並且作出接受與否的反應，倘若在行爲當下，被害人由於考慮到特定動機（對行爲人

²⁹⁰ 小林憲太郎、〈いわゆる「法益關係的錯誤」の意義と限界〉、《立教法学》、第 68 号、2005 年、頁 28。原文引自 Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 19f. 其他關於此一概念之說明可參照山中敬一、〈被害者の同意における意思の欠缺〉、《関西大学法学論集》三三卷三・四・五号合併集、1983 年 12 月、頁 271 以下。

的好感、報酬之獲取等）而對系爭身體舉止未為抗拒，換句話說被害人就是覺得當下他（她）願意這麼做，那麼就系爭同意動機與同意對象（性之行為）言，理應具備相當連結，而沒有對法益認知欠缺的情形。

至於被害人欠缺或無法證明其擁有性圖像，並且對於系爭行為未為抗拒但亦無同意的情形，想必極易引發爭議。「只因為被害人無法表達自己的意思、或只是因為被害人像小孩一樣什麼都不懂、也不知道拒絕，就活該被欺負嗎？」應該會是最常聽見的質疑。然而，針對這個疑問，我們必須要先加以釐清：首先，所謂被害人無法表達自己的意思，究係何指？

本文認為，在妨害性自主罪章當中具有規範意義的意思表達，應當是針對法益內容而發，亦即對於性接觸本身之要否，透過語言或舉止反映主觀意願的行為。而事實上，許多智能不足者在面對性接觸行為時，其當下的意思表達或許較「正常人」更加誠實。雖然他們在言語能力上可能較低，但是透過肢體動作，一個具有意識的智能不足者，依然可以將他們對於特定行為的情緒呈現出來。從而，要說智能不足者的情感完全無法被探知，或是將智能不足者對於系爭行為的反應直接理解為「想拒絕但不知拒絕」，實有待商榷。針對這一點，實務上面臨到的一個主要問題是事後調查與舉證上的困難。然則，縱然在實證上具有難以判明之風險，但是否要因此改變理論上採取的態度？是否要預設一個人的性自主傾向就是對於外來一切性行為加以抗拒？本文所持基本立場仍為否定。

接下來的重點，則在於「欺負」概念的認定上，此係與人類社會對於性的整體評價相關。詳言之，為什麼人們在此會認為，一個人任意和智能不足者發生性行為，是一種對智能不足者欺負、糟蹋的舉動？這就來自於前文中所述，乃是社會群體透過法律條文的制定，為人類理想而正確的性模式畫定了輪廓所致。人們先是對性關係中的雙方進行地位區分，說得明白些，就是性別上差異：擁有接受

對方性器器官（陰道）的女性，在性行為發生時被認為是「吃虧」的一群。更為具體的理解，女性為什麼在性關係中會吃虧？主要想法之一是所謂性行為導致貞操的喪失，亦即在傳統上認為，女性生來擁有一樣純潔、神聖而無價的東西名為貞操，歸屬於處女膜完整，未從事過性行為的女性，或者是只和單一性伴侶——確切地說是只和（現在抑或是從前之）婚姻契約相對人發生性行為的女性；擁有貞操可以強化這個女性在人格上以及社會上的價值。反之，失去貞操的女性即代表其社會地位將相對低降。相較於擁有豐富性經驗的男性，在傳統上被認為是種代表著戰績彪炳的正面印象，和多人發生性行為的女性，往往被冠上蕩婦、犯賤或娼妓等負面評語。

對於貞操觀念的批判論點多不勝數²⁹¹，簡言之，若是除去性行為始齡的健康衛生、以及多數性伴侶可能產生的疾病問題，那麼實在找不出一個合理的理由，用人體構造上的一瓣黏膜、或者是用性行為發生對象的數量多寡，來評價一個人的價值或社會人格之優劣。既然在妨害性自主罪章的修法理由中，已經在規範形式上承認性活動的自主性，並且在理論上形式贊同多元性價值，那麼所謂不具有婚姻或感情基礎的性，或是與他人發生多次性行為的事實，就沒有理由當然地被評價為一種客體化過程。

質言之，本文認為，性行為的發生本身並非侵害、並非當然屬於一種不合法的行為²⁹²，亦非先決性地屬於一種客體化行為，必須透過某些條件的存立而解消

²⁹¹ 可參考許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？，台灣本土法學雜誌，32期，2003年1月，頁19-21。對於這種女性在性行為當中較男性更為吃虧的說法，唯一合理的解釋是根基於將女性定位為男性附屬物之見解，質言之，就是認為男性和女性從事性行為，猶如一種對個人所有物的管理支配或「正常使用」，在此情形下，發生性行為本身即成為將個人工具化的過程，只能透過男性在情感上的付出或是婚姻上的承諾作為緩解。換句話說，如果今天女性與男性發生性行為時，沒有得到對方的真心愛護或一紙婚姻契約（背後隱含著生活與經濟支援），就等於是「白白被人上」，是吃了大虧，此時無論女性對性行為的態度為何，都無法擺脫社會上的評價性眼光。然而，這是否是妨害性自主罪章所宣稱要保護的法益？

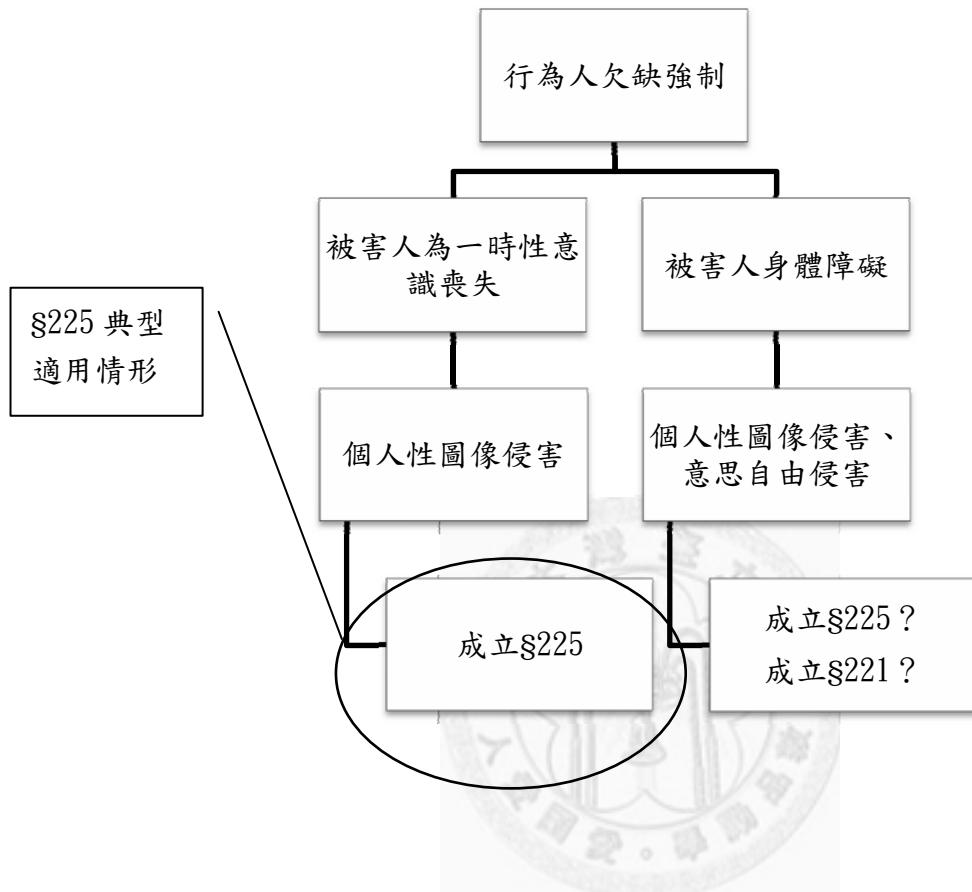
²⁹² 不同見解，林志潔，〈白玫瑰之怒——從最高法院相關判決之決議論我國刑法中與未滿十四歲之人性交護或猥褻罪〉，國際刑事法學會臺灣分會學術與實務對話研討會論文，2011年10月14日，21頁，轉引自許玉秀，〈重新學習性自主——勇敢面對問題〉，《月旦法學雜誌》，200期特刊，2012年1月，註13。

其侵害或客體化性質。在妨害性自主罪裡，侵害結果來自於與性相連的那個「自主」，而這個自主侵害既以被害人主觀之性圖像存立為前提，復以被害人主觀感受為判斷標準。是以，只要被害人在主觀上欠缺其主體人格因性行為而遭受破壞的感覺，抑或是無法證實被害人存在有何等具體性圖像內容得成為侵害標的時，即無法對行為人論以刑法上的乘機性交猥褻罪。

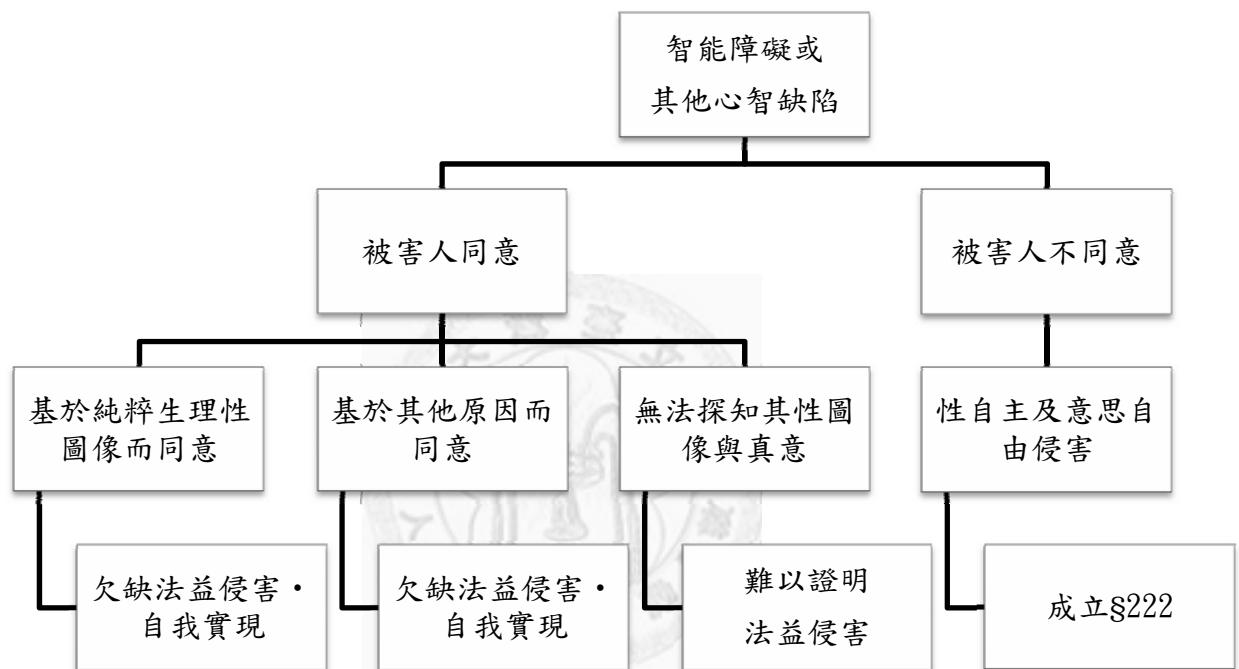
第三項 小結

在全面肯定智能障礙者對於性行為的同意能力，並且強調將乘機性交猥褻罪保護法益範圍限定在個人性圖像的保護上之後，本文對於此一條文在解釋適用上的標準無疑是朝嚴格方向靠攏，希望限縮其適用範圍，處罰「被害人主觀上擁有與一般人相當之性圖像，因身體或其他障礙致一時性喪失抗拒能力，行為人利用此一狀態，透過與被害人性交或猥褻，致使被害人理想中的性圖像遭受破壞，而侵害其性自主權利之行為」。就目前的實務判決來觀察，此種解釋方式，亦不致於過度限制本罪的適用，而是依然能夠處理為數可觀的一時性知能喪失致性自主遭受侵害之案件，維持住本條作為補充規範的主要功能。茲整理其示意圖如下圖(二)、圖(三)：

圖（二）



圖（三）



第六章 結論

本文所要處理的核心問題，乃是探討刑法第二百二十五條乘機性交猥褻罪於解釋論上應為如何之適用，特別是在處理行為人與精神障礙者中的智能不足族群，尤其是中重度智能不足者發生性交或猥褻行為時，其構成要件應依何種標準進行涵攝。而本文的主要思想，乃是透過對於智能不足者對性行為同意能力的全面肯定，放寬這些智能不足者任意與他人發生性接觸之可能，同時相對限縮刑法第二百二十五條規定的適用範圍。探究此一主張背後的理由，則是基於對「性自主」這個法益概念內涵以及對其主體意識與人格尊嚴實踐的分析結果而來，由是指出，若要貫徹性自主法益保護之規範預設目的，並且維持整個妨害性自主罪章的規範正當性，就沒有道理對於與一個不具正常性認知的智能不足者發生性行為之人施予刑罰。

我國刑法第二百二十五條規定，係被置於妨害性自主罪章體系之下。從妨害性自主罪章的比較法分析以及修法趨勢觀察，表面上所呈現的是越來越重視個人性自主決定權利的規範目的選擇，規範對於個人「同意」表示賦予極高法律效力，此種傾向被許多論者解釋為近代主體意識的覺醒，而在個人性生活方面則被認為是標誌著性解放時代的來臨。然而，本文對此觀點提出質疑，認為：雖然當代社會看似標榜性之多元價值，但是若從大眾對於性犯罪的情緒反應看來，傳統性價值中對於理想性模式的純潔崇拜、對於女性貞操之道德要求，並沒有太大改變；甚至，目前刑法與特別法上對於性自主侵害行為的高規範密度，不禁讓人覺得，人類的性非但沒有走上解放一途，反而受到越來越嚴密的控制——合法的性接觸行為與性資訊傳播愈益限縮，各種性癖好被分類、定型，並同時被醫學與法學所監視。

另一方面，性與主體概念之鏈接成為妨害性自主法益解釋的大原則，個人似

乎可以透過性來認識自我，亦即性除了帶來肉體歡愉之外，更令人感到精神與心靈上的復甦。一個人對於自身要在何種條件下、與何種對象發生性接觸，有一套個人化拼圖，本文稱其為個人所擁有的性圖像；依照此一性圖像所描繪的性模式安排個人性生活與具體性活動，就是一種主體人格實踐的方式。而在社會共同主觀下，對個人性圖像的內容，已經預設了一套標準，即是所謂兩情相悅、以感情和穩定關係（最理想的狀態是婚姻）為基礎、發生於兩個成熟的（最理想的狀態是異性戀）人之間，以生育為主要目的的正常體位性活動。此等性圖像經由家庭、學校、社會所進行的教育，參與個人性圖像的形塑過程，進一步內化為個人人格尊嚴內蘊的一部分。

此一與個人主體人格緊密相連的性圖像，不僅呈現在每一具體、當下的性行為意思選擇與個別行動中，更是一抽象、長期存在於個人生命歷程裡的連續主觀認知狀態。誠然，此一性圖像支配著個人在有意識的情況下，形成關於特定性行為的具體意思，並決定其個別性行為的模式，但其本身係屬超越具體意思形成與意思實現自由的抽象上位概念，而由此定位出來的性自主權，也就逸脫傳統個人自由法益保護之射程範圍，成為本罪章所獨有的法益內涵。

在此一前提理解下，學說與實務對於乘機性交猥褻罪之適用當中涉及智能不足者性行為同意能力之爭議，乃特別強調「正常性認知」之條件，所謂正常性認知，就是指與社會上多數成員擁有相似之個人性圖像內涵，亦即對於理想中的性之發生應具備何種前提存在著一些相同事實情境預設。當部分（以中重度為主的）智能障礙者在與他人發生性行為當下未具備與社會多數價值相類之正常性認知時，刑法即開啓下列適用流程：將系爭被害人對於性之同意表示解釋為無效，或是直接將其定位為不具有抗拒性侵害之知能，於是實證上乃不再需要一現實上也的確很難—去確認被害人主觀上是否形成一特定性圖像、或其性圖像具備何等內容；其後，刑法透過乘機性交猥褻罪的構成要件解釋，為系爭智能不足之被害人擬制

一幅以社會多數價值相當的性圖像，宣稱其受到來自第三人性行爲的破壞，由是並且導致其背後的主體人格亦隨之不復完整，換言之，規範在此宣告被害人因系爭性行爲而被客體化成為洩慾工具，刑法從而必須介入處罰行爲人，藉以回復被害人人在性與人格連結上的主體地位。

然而，本文自另外一種角度切入，根本性地檢討所謂性與主體、自我實現之間的關聯，以及所謂理想性圖像的起源。依 Martha C. Nussbaum 的觀點加以詮釋，人類對於性所抱持之羞恥感是來自於對自身脆弱性與必死性的恐懼，由是生發出性活動應保持私密、且以各種先決條件加以限制，盡力將性活動隱藏並純潔化的要求；此外，人們面對身心障礙者時所產生的不舒服感，亦來自於相同理由，大眾在情感上盼望著這些族群被隱藏在不為人知的角落，因為他們的出現提醒著人們自身亦是殘缺而軟弱。由是，當障礙者的性活動被公眾所知悉，等於是雙倍地刺激了其他公民的敏感神經，這樣的性活動從而不應被允許。

相對於 Nussbaum 的看法，Michel Foucault 則是從權力技術運作的觀點，根本性地對於整個社會與歷史結構提出質疑：作為肉體享樂的性活動，什麼時候開始跟自我追尋、主體實踐產生如此緊密的連繫？什麼時候人們開始對於描述性的語句變得如此敏感，對於與性相關的一切施以如此緻密的監控？醫學上對性異常的病理化以及法學上對性犯罪的嚴罰化，其背後的作用其實都是為了讓權力的毛細管逐步滲入人們的生命，由是誕生了所謂包圍生命的「牧羊人權力」，國家藉此得以對於人體與人口進行更為全面的管理。自社會層面言之，這樣的權力運作方式，迎合了近現代資本主義經濟發展的需求。理想性圖像的純潔化與來自愛、婚姻與家庭的承諾，一方面讓性與經濟生產意義上的勞動分離，使性行爲變得無價及非商品化，勞動生產者得以藉由性活動達到生理與心理上休息（不勞動）的感覺，隨之能夠在從事完性活動後再次精神飽滿地投入下一波生產勞動中；一方面將性鎖入家庭，藉由血緣與親情、夫妻與父母義務之建構，確保新一代的勞動力得以

自有能力提供良好養育環境的子宮中產出，成為社會資本的累積。這種對於性與人體的全面滲透，係權力—知識技術運作的結果，並以語言論述加以包裝。甚至，就連當代對於人之價值、對於（相對於客體之）主體性幾近信仰的追求與肯定，都是來自於上述生命權力的支配。面對可能對主體造成威脅或已然危害到主體存立的各方侵害，主體必須不斷進行反省與覺醒，不斷思索自身內涵與其實踐意義，由是此一作為社會資本的主體性乃不斷擴充，體現為一資本主義自我再製的過程。

本文檢討這一連串理論的目的，並非為了要徹底否定主體概念的存在價值，僅是要指出：主體性，以及所謂人格尊嚴的定義與內涵，並非一項形而上、具有先驗性質的不變真理，個人性圖像與主體實踐之間的連結也不是理所當然，而是整體歷史與社會在權力施行方式之變遷過程中，為了朝向特定目的靠攏所發展出來的。既然如此，倘若我們今天要保留這個概念，即應認知到：對於主體，以及主體意識下所主導的性活動，其實不存在一絕對正確的先驗模式，換句話說，對於主體意識、性自主權利、人格尊嚴等概念，應保留更大的詮釋可能性。

依照本文所持觀點，個體的人格尊嚴與主體實踐途徑，乃是屬於高度個人化的產物。亦即，本文並不將主體概念之解釋為特定道德義務內容。相反地，本文認為，基於每一個體各自本有之狀態，在其所處環境所提供之一切條件與一切限制下，各自發展生命，從一個人生涯風格之整體安排，至特定時間點下具體行動之決定，並且在其個人主觀上，對這種自身實存形態感到滿足與認同的心理態度，就是主體性的實踐，而所謂個人之人格尊嚴亦體現於其中。

在此應予特別釐清的一點是，本文並不認為，這種主體詮釋方式能夠擔保一段幸福美好的快樂人生。每一個體在其先天能力與周遭環境限界下，也許只存在極度有限的選擇可能性，而每一個選擇也都很有可能為個體帶來情感上無限痛苦

的結果。然而，本文依然認為，生命本身的價值，就是來自於個體打從出生以至死亡之有限時間當中，不斷摸索與體驗的過程。當一個人承受了自身行動所引致的一切，讓那些過程裡興奮、愉悅、憤怒、悔恨與悲傷的情緒波動紮紮實實地銘刻心中，他才真正地學著去面對自己的生命，也才可以說，身為一個具有主體性的實存，他已然在世間真正地活過了。包含我們在內的每一個個體，都是依憑著自身主觀對這個世界的如是感知，走完獨一無二的一生。

從而，本文主張，法律規範不應過度介入主體實踐的模式中，尤其在作為國家暴力發動基礎的刑事法上，更不宜將單一主體實踐形態作為法益保護之內容，而排除其他主體實踐的可能模式。在乘機性交猥褻罪裡，主體與個人性圖像之鍵結，也並非全然無法脫鉤。詳言之，今天大多數的人們之所以認為性與主體、自我、以及個人人格價值密不可分，這個認知原本就是被教育出來的。已然成形的認知無法忽視，刑法所以要強調性自主的保障，係基於此一存在於多數公民主觀中的現實。但是，我們仍必須認清，真正需要被保護的乃是主體，而非性與主體的鍵結本身。因此，如果在爭取被害人的主觀認知裡，性活動之發生與其主體人格認同間，並未產生如同社會其他成員一般強烈的連結，那麼刑法自然沒有理由將與其發生性接觸之行為與侵害其性主體人格之結果劃上等號。

事實上，從法庭上試圖與智能障礙者進行溝通所進行的努力即可知，面對一個在語言結構之外的個體，欲以規範化的話語詮釋其主體概念有多麼困難。以法律介入兩個個體的互動之中，原本就會產生諸多磨擦。當一個智能障礙者在面對自己的生命，以及出現在他生活周遭，與他產生真實互動、甚至肉體交纏的另一個個體時，究竟是什麼感受？永遠不是規範得以擬制或代其決定的。當自我與他者進行接觸時，真正具有意義的事情永遠來自於法律規範之外，甚至是社會網絡之外，來自於自我與他者絕對主觀世界裡的感受。這種感受的本質雖然永遠只會是自我內心的獨白，而無法真正為他者所了解，然而只有當一個人懷抱此種最原

初的感受與他者相遇、與來自他者的原初感受進行最直接的碰撞時，自我的主體性方才有顯現可能。

主體性的展現沒有一定形貌，也不一定能被置入特定的言語系統中，自旁觀者角度言，我們只能試圖從一些外顯跡象去測度系爭主體的情緒，推斷其對於自身所處狀態是否感到安適與完足。這是一個困難且無法有效驗證的過程，然而，本文的基本態度仍是：如果不是從主體歸屬者自身態度出發來討論主體實踐，就喪失主體概念的核心意義。從而，正如同本文不贊同在刑事責任檢驗上，建立一套完全客觀的規範標準化行為模式，而忽略個案中千差萬別之事實，本文亦不贊同為主體人格與實現限定出一套標準化、具備特定元件的內涵。

從而，本文乃主張，刑法乘機性交猥褻罪在適用上，仍然必須以被害人主觀之性圖像遭受破壞作為本罪既遂之構成要件。反過來說，只要「被害人」自身擁有的性圖像並未由於系爭行為形成瑕疵，抑或是被害人主觀上並未存在有何等對於性之想像——這表示被害人並不會將單純與性相關的身體動作，和其自身的人格、以及經由性羞恥感所連結的自我認同與尊嚴等價值相鍵接，是以行為人與之發生的性接觸行為亦因未達法益侵害、或是根本欠缺法益侵害標的，而無從構成本罪。至於附帶的名譽或身體傷害，均非妨害性自主罪章所要保護的法益內涵。據此，本罪主要的適用範圍，應限制於行為人乘被害人一時喪失抗拒能力，違反被害人原有性圖像而與之發生性接觸之行為。

這個解釋結果可能會大開規範的方便之門，特別中重度智能障礙者極有可能因此不斷受到來自第三人的邀約，任意從事性行為，而其結果可能造成後續國家社會成本，對於被害人自身來說，亦非屬對其有益的理性抉擇。但是，人類原本就沒有義務要做出理性的決定，在不涉個體利益侵害的前提下，法律也不應要求個體去做出理性的決定，社會群體更無由以理性自居，以保護為名，代替個體進

行理性決定。事實上，本文自始即不認為，人類是一種理性的動物。理性這個概念只存於神的殿堂，但我們生在人間。我們所擁有的是人性。而這也正是人之所以成為人的理由。



附論：關於精神障礙者性權利的相關社會處遇問題

在這本論文的主要部分裡，不斷地進行著一種有別於一般社會認知的主體實踐嘗試，而以刑法法益保護作為論述的界限。這是因為，在本文中最終要處理的是刑法規範適用，是要決定何時才能發動國家刑罰權的問題。在乘機性交猥褻罪的框架下，逸脫了「性自主」概念的其他因子，已不再屬於刑法所應擔負之任務。然而，若是將智能障礙者的性權利與主體性單獨作為一個主題加以探討，即可發現，最複雜的部分永遠都在法規範之外。在以下附論中，即對相關議題稍作整理，以期提供一些延伸性的思考開端。

第一節 智能障礙者的性教育

性教育乃是個人建構性圖像的主要起點，前文中所述社會共同價值中的特定性圖像內容，也是透過教育的方式，成為個人性圖像的產生基礎。教育實施者主要有二：一是學校，一是家庭。在早期，性教育的實施是封閉性的，隨著性活動本身一同鎖在家戶中，由父親傳授給兒子，由母親傳授給女兒。關於性的語言是由特定言說系統所組成，巧妙地掩蓋在小心翼翼的談話過程間。至於在公開場合談論性，則是困難的任務，性教育往往成為課程中被略去不提的章節。

而後，當性成為一種專業知識，與衛生學、優生學與醫學緊密結合，性教育也就隨之成為一種必須由專業詞彙與專業人士加以傳遞的訊息。於是某些家庭裡開始出現關於身體與性徵的書籍，學校開始進行性教育工作——但並非單純關於個人從事性活動的教學，而是上述自醫學與衛生學觀點凝視下的性，介紹作為生理構造的性器官，以及擔任生殖繁衍角色的性活動，而性所帶來的刺激和快感則是附帶的生理反應，性教育成為健康教育下的一環。對於智能障礙者的性教育，大致上也被包覆在這樣的一種性教育制度底下，只是更加隱晦，更加著重於危險

性行爲的防範。

第一項 家庭中的性教育

從智能障礙者的原生家庭研究中可以發現，目前智能障礙者大多難以自原生家庭中獲得關於性的資訊。這部分的性教育論述，與其說是針對智能障礙者，毋寧說是針對原生家庭中的家長或監護人。論者點出，原生家庭在面對智能障礙者時，往往不願意提供關於性方面的資訊。究其原因，不外乎是因為²⁹³：監護人（父母）自身欠缺性知識，認為智能障礙的子女沒有性需求——確切來說應該是，將智能障礙的子女認定為沒有性需求，對父母而言會是較為輕鬆的選擇；或是認為智能不足者沒有資格生養孩子，沒有能力走入婚姻；抑或擔心智能障礙者要是知道了什麼是性，可能出門在外被人「欺負」²⁹⁴。

此外，父母自身的性圖像也表現在他們對於智能障礙子女的性教育態度上，如認為性乃是丟臉的事，不知道最好²⁹⁵；談論性的議題感到十分不自在，並且擔心誘發智能障礙子女的性慾望，讓他們產生性行爲衝動——這種態度其實在面對智能正常的子女時也是如此，父母們似乎認為，只要不談論這件事，就可以阻止子女過早發生性活動。和對待一般子女不同的是，前者在子女產生男女感情關係乃至建立家庭時，轉而認為子女將「自然而然」會知道所謂的人道之事；反之，智能障礙者的父母通常並不預期子女有機會走入婚姻²⁹⁶，從而便容易抱持著「最

²⁹³ 朱元祥、林燕卿，〈家長對智能障礙子女性教育的知識、態度與溝通研究〉，《性學研究》，第二卷，第二期，2011年7月，頁72以下；林燕卿，〈影響家長及教師對智能障礙者執行性教育的因素〉，《特殊教育季刊》，第117期，2010年12月，頁3以下。

²⁹⁴ 朱元祥、林燕卿，前揭文中之訪談內容：「我不認為他懂什麼，就像有一次他下體會癢，他拼命抓，結果那裡勃起了，他還一直看一直看，傻呵呵的樣子，我就叫他不要抓了，到房間去，不要讓我看見。」「腦筋正常的人比較有工作機會，才能有經濟基礎生養小孩，我沒有考慮讓他生小孩...」「我盡量不要讓他看到播出的親密畫面，這樣他就不會有慾望，心靈會比較平靜。」「我心裡疼惜，我的女兒沒有戒心，如果今天她出去了，搞不清楚狀況下，被人侵犯，懷孕回來，那就糟糕，她也不知道誰欺負了她。」「她看到男生就抱，我告訴她不可以亂抱，我說我知道妳喜歡你們老師，但是那個老師是男的，你不可以抱，我知道她喜歡，但這種抱是親密關係呀！」

²⁹⁵ 朱元祥、林燕卿，前揭文，頁76。

²⁹⁶ 朱元祥、林燕卿，前揭文中之訪談內容：「都沒辦法照顧好自己，謀生能力也沒有，怎麼照

好他們這輩子都不要知道什麼是性，就像個天真無邪的孩子般過一生就好了」的觀點，放棄甚至積極避免對智能障礙子女提供任何關於性的資訊。

針對上述情形，論者乃強調智能障礙者的性需求必須被正視，也鼓勵父母在家庭內從事性教育。除了強調要加強父母自身的性知識（亦即要求父母充實自身的性教育工作）外，亦對於智能障礙者一些帶有性意涵的舉動加以解釋，指出智能障礙者所以會在公開場合進行自慰行為，可能是由於其平時缺乏性互動的對象與機會，或是不懂得哪些人、哪些時間、哪些地點下才適合從事性活動²⁹⁷。對於一些輕度智能障礙者來說，仍然有機會擁有與常人相類的婚姻關係。

第二項 學校裡的性教育課程

相較於家庭，學校以一種專業之姿，更有系統地傳授關於性的知識。對智能障礙者的性教育，大多採取小團體及角色扮演的方式進行，強化與智能障礙者原生家庭間的聯繫，確保性教育被正確地實施。性教育的內容和針對一般智能正常學生者相似，大致分為性知識（認知）、性態度（情意）與性行為（技能）三方面，包括生理成長、心理健康、社會關係與安全防衛幾大要項，教導智能障礙學生認識自己的身體與性器官、正確性觀念、兩性角色、穿著打扮與交往、性衛生，以及何謂隱私行為、如何判斷情境、何謂性騷擾與性侵犯，如何表達拒絕與預防性病等²⁹⁸。

教師在講授性教育相關課程時，應使用精確的語言對性器官與性活動進行描述，例如稱男性生殖器為陰莖，而非「小鳥」等語，並盡可能讓學生學會以正確用語稱呼性器，以期若學生在未來就醫或遭受侵害時能夠對自己的身體狀況加以

顧另一個老婆呢？雖然他常說他要結婚，我看他結婚是怎麼一回事都不清楚。」

²⁹⁷ 朱元祥、林燕卿，前揭文，頁 79。

²⁹⁸ 李永昌、廖聲玉、蔡維真，〈智能障礙者性教育課程與教學之探討〉，《台東特教》，第 33 期，2011 年 6 月，頁 30。

敘述。此外，對於不同障礙的學生，其教學重點亦有差異，如針對重度智障者應著種基本生理常識之介紹，而對於輕度智障者則應兼而教授與性相關的態度、價值、道德等²⁹⁹。

藉由上述智能障礙者的性教育論述，其實可以很清楚地觀察到一種對於性的言說系統建構——如何以正確而中性的名詞稱呼性器，如何以正確而中性的描述討論性行為，並且，所謂理想的性圖像也清楚地被放進此一論述中。正由於智能障礙者的學習能力較有限，因此對於他們的性教育，只能擷取最簡明、最重要的部分進行教授，於是關於性的多元論述必須被簡化，簡化為一種「最正確的性」。合宜的性舉止就是私密、不輕易啓齒，並且有所節制，因此性教育的重點將放在如何教導智能障礙者「不要在公開場合裸露性器官、大肆述說性，也不要過度從事自慰行為」。有論者在強調討論教學的重要性時提及，正是透過課堂討論才發現，有一位重度智障的學生「竟然會半夜起來偷看 A 片」³⁰⁰；顯然，教學者這樣的語氣，表達出偷看 A 片是需要被矯正的行為。由於進行沒有感情基礎或婚姻關係的性活動，將會造成社會人格因此貶低，因此必須教導智能障礙者「不能隨便答應他人的性邀約」。要教導智能障礙者如何防衛自己，保護自己不受性侵犯，因此應該學會「當別人摸你/妳或做出讓你/妳不舒服的舉動時，應勇敢拒絕」。

針對智能障礙者實施之性教育內容，相當強調性羞恥感的建立（見前文第五章第一節第三項），這或許是因為智能障礙者對於人際交往上細微的情緒敏感度較低，換句話說，由於難以覺察來自於周遭的異樣眼光，或是難以感受到他人側目中的負面觀感，從而也就難以建立起自身對於特定意向對象（例如性）的評價信念³⁰¹，並由是改變自己的行為舉止。例如，智障學生在公開場合宣稱「我的小鳥有毛！」從旁經過的一般學生因此群聚在一起指指點點，讓智障學生覺得自己受

²⁹⁹ 李永昌、廖聲玉、蔡維真，前揭文，頁 32。

³⁰⁰ 李永昌、廖聲玉、蔡維真，前揭文，頁 31。

³⁰¹ Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯，前揭書，頁 72-73。

到注目而變本加厲大肆宣傳；此時教師即應適時教導智障學生公開與私人場合的不同，以及如何以「正確行為」取代問題行為³⁰²。易言之，必須讓智障者理解，一切與性相關的事、所有論及性器官的行為都只能在隱密情境中出現³⁰³。

第三項 小結：灌輸「正常」性圖像的努力

智能障礙者的性教育，簡言之就是在智能障礙者的腦海中植入正常性圖像的努力，這一點和針對普通人的性教育大致相類。只不過，由於智能障礙者在認知發展上的遲緩性，以及受到社會觀感影響程度較低，從而其此一與羞恥感、主體意識相連結的性圖像必須投入更多教育成本來加以塑造。不過，在此值得探討的一個問題是：到底為什麼要讓這些智能障礙者擁有和所謂正常人一樣的性道德羞恥感、建構和一般人相同的性圖像內容？如上述，教學者要花很大心力讓智能障礙者分辨侵害行為，也就是讓人不舒服的舉動。而所謂讓人不舒服的舉動，究竟是智能障礙者在當下果真感到不舒服、不愉快，抑或是我們認定這樣的碰觸就是一種不愉快的碰觸？倘若今天一個智能障礙者對於單純的性接觸行為不覺得有何不舒服，從而亦不加以拒絕，此時是否應該透過性教育，讓他「知道」——或者說，要他「記住」，這是一種「不舒服」並且必須加以拒絕的碰觸行為？

³⁰² 李永昌、廖聲玉、蔡維真，前揭文，頁32。

³⁰³ 黃璉華，前揭文，頁95。

第二節 性權利與避孕議題

智能障礙者的性權利實踐情況，除了受到其性圖像是否根基於社會正常性認知一事所影響，更重要的是後續社會成本支出，尤其是懷孕所造成的爭議。是以，倘若承認智能障礙者也有性生活、也能夠在某種條件下發生性，那麼他們是否也能夠自由懷孕？反過來說，能不能主張為了讓智能障礙者自由從事性活動，而強制其進行避孕、甚至強制他們結紮？此係衛教與社工領域中長久以來爭論不休的議題。

第一項 限制生育能力是實踐性權利的代價？

第一款 智能障礙者的永久避孕

無論是智能障礙者的原生家庭，還是支配公共資源的國家與社會福利機構，對於智能障礙者的妊娠問題都困擾不已，其理由一是認為智能障礙者沒有能力養育子女，二是擔憂智能障礙者誕下患有遺傳性疾病的下一代。調查指出，多數智能障礙者的家長贊成對其智障子女進行永久絕育手術，論者進而主張政府及有關單位應儘速制定在一定條件及程序下，准許智能障礙者進行永久節育的相關法令，其具體措施應包括加強宣導，讓智能障礙者的家長在了解當智能障礙者基於優生保健之原因，而有結紮或切除子宮之必要時，得尋求何種合法途徑為之；應訂定專家評鑑與衛生機關審核之程序，術前對智能障礙者為說明及手術費用補助等等³⁰⁴。此處的爭議當然來自於永久絕育對智能障礙者身體以及自我決定權利之侵害，但是正如同對於智能障礙者的性同意能力所持觀點，不少家長或是論者認為，在智能障礙者對於自身狀況根本不了解的情況下，他們同意與否根本就沒有意義

³⁰⁴ 張珏、葉安華，〈台北地區智障者相關人士對優生保健的認知態度調查〉，《中華衛誌》，第10期，1990年，頁152。

上述對於智能障礙者實施避孕或絕育的看法，也連結到其性權利的實踐可能性上。不少實務工作者所以支持智能障礙進行避孕，甚至永久絕育，乃是站在讓智能障礙者擁有更多性活動空間的立場，認為當其不具有生養能力時，何必令其承擔生育危機？拿掉子宮或許不太人道，卻能夠讓這個智能障礙者在現實中擁有更多的生活能力³⁰⁶。

第二款 虛假的選擇困境

生育能力的剝奪，是否屬於智能障礙者實現性權利所必須付出的代價？難道為了實現智能障礙者的性自主權利，必須犧牲他們的身體權與生育權？——在比較這兩種權利孰輕孰重之前，其實我們應該停下來想一想：到底為什麼我們必須去比較這兩個權利孰重孰輕？回頭看看智能障礙者與其原生家庭所面臨的選擇困境：一邊是提心吊膽，不願意讓家裡的智能障礙者發展性關係，讓他們無法享受與常人相同的性生活；一邊則是讓他們挨一刀，成為不再具有生殖能力的人。但到底為什麼他們必須面臨這樣的困境呢？就像黃榮堅老師在〈刑事政策之外〉這篇推薦序中所言，最根本的問題癥結根本不是在此應該如何選擇，而是究竟為什麼必須選擇？

本文以為，智能障礙者的性權利實踐，自始即不應該用他們的身體權或生育權來交換。生養能力的說法，以及所謂優生保健的說法，背後最關鍵的問題其實如出一轍：成本支出。這最終依然是一個「由誰來買單」的問題。現在，智能障礙者及其家庭之所以陷入兩難之中，原因就在於現在的社會福利制度無法提供他

³⁰⁵ 張珏、葉安華，前揭文，頁 151-152。

³⁰⁶ 李宥樓採訪整理，〈智障也有情慾 召妓最好〉，網址：http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/20080117/IssueID/20080117，最後瀏覽日期：2011 年 12 月 17 日。本採訪中所提及關於智能障礙者也有性慾、以及支持其與性工作者進行交易的看法，本文基本上是贊同的。

們在生養以及疾病治療上的補助。智能障礙者所生出來的下一代，的確有相當高比例遺傳到同樣的智能缺陷或是其他疾病，從而造成家庭負擔。但是，為什麼這些育兒或特殊兒童撫育治療的成本，不是由吸納人民稅金的國家來接收？為什麼不是由共同體的社會全員平均分擔？如果說我們的社會當真是抱持著支持這些智能障礙者實現其性權利、希望他們能夠擁有幸福人生的想法，那麼就應該提供他們一個能夠放心從事性活動的環境，並且吸收他們從事性行為所發生的風險；社會機構所應該呼籲的不是立法補助「絕育費用」，而是他們自由發展性生活所要耗去的所有費用；承認他們原本就有權性交與懷孕，而不是要求他們必須在接受身體傷害、失去生育能力的前提下擁有這一切。

反之，如果說我們的社會與國家體制其實根本就不打算幫這些智能障礙者以及他們的原生家庭負擔這筆費用，只希望用最少成本來解決這些人在懵懂下與他人性交懷孕衍生的後續麻煩，用一些資源有限、個人自我負責的說法，想要把問題留給智能障礙者及其原生家庭，叫他們自己面對要不就是足不出戶膽戰心驚，要不就是子宮或是輸卵管先挨一刀的兩難困境，那麼此時再三強調這些措施都是為了幫助智能障礙者實現權利、都是為了保護這些智能障礙者不受傷害，是否就顯得有些偽善呢？

第二項 性權利的具體實踐途徑——以機構內管理問題為例

除了留在原生家庭，許多智能不足者和精神障礙者是以醫院、療養院或其他衛生機構作為他們長期甚至一輩子的家。在此討論到的精神障礙者，其範圍又要比刑法上所討論「不知或不能抗拒」、欠缺性認知之智能不足群體為廣，包含收容於機構內各種類型與程度的精神疾患者。這些收容於機構內的精神障礙病患，是否擁有與常人一般無異的具體性自主實踐權利，包括性活動、避孕、生育以及產前護理保健？

第一款 機構內患者的性權利概況

關於收容在機構內的精神障礙者是否、以及如何從事性行為，一直是機構管理上的禁忌話題，關於收容病患相互間，以及收容病患與來訪者間之性行為對於其疾患治療上的影響，相關研究亦少有討論。這樣的禁忌自然是來自社會大眾對於嚴重精神病患者之性議題所抱持的不舒服感³⁰⁷。機構內的管理規則對於如何處理收容者間之性活動往往隻字未提，究竟哪些收容病患得以被允許發生性行為亦不見有明文規定。從而，判斷何時准許、何時又應避免院內病患間之性接觸的任務，多半就留給個別機構內負責臨床照護的工作人員為之。基於擔心對某些脆弱病患在情緒及生理上的潛在傷害，以及對於潛在訴訟風險的關切、隱含認定獨身作為適當治療環境等因素，機構大都希望盡可能不要讓收容病患間、收容病患與探訪者發生性行為，即便此一行為係出於雙方自願。這種對於性接觸之禁止，常來自間接性的管理措施，例如由工作人員探視病患的察看（check），這種以確保安全為由，實施於多數醫療機構、間隔五至三十分鐘的密集探視，雖然並非直接針對性行為禁止，但這種時時被探看的氛圍，在實質上自然造成了禁止病患間性行為發生的效果³⁰⁸。

收容於醫院中的病患究竟是否擁有性自主權利？論者認為，對於醫院病患的性自主權利問題雖不存在一普遍的法律或倫理規範，但仍可由機構內病患照顧的一般準則中推導出來。以美國為例，多數州法規定，每個機構內的收容病患均擁有一最小限制環境下接受個人化治療的權利，且收容機構應將對於病患自主權利之干擾限縮到最低程度。據此，若是承認此一最少限制環境原則須被滿足，且個人的隱私及其與社會互動的權利須受尊重，則住院病患的性接觸活動，在可行

³⁰⁷ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 26.

³⁰⁸ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 25.

且無特殊臨床禁忌存在時，自應被准許³⁰⁹。

然則，自臨床及倫理上角度言，准許在機構內發生性行爲，對於機構中收容之精神障礙者將存在風險，亦即這些機構內的精神障礙者，可能面臨情感上的壓迫而產生與他人間之性關係，尤其是身處此一充滿限制且選擇有限的情況下更容易如此，即便這些性壓迫在外面的現實世界中同樣地不斷發生，例如青少年間的約會強暴³¹⁰。反對機構內之病患擁有和常人相等之性實踐權利者即認為，精神病患者不具有接收性資訊的能力、也不具有對於性活動與生育一事做出知情且自願的選擇能力，因此機構內的護理人員自應防止其在機構內從事任何性接觸行爲。

至於另外一種反對的理由則是認為，不應允許精神病患者在機構內發生性接觸行爲，因為護理人員與醫生會感到不舒服，並且也不應期待他們提供關於性行爲與避孕措施的相關諮詢。此外，機構內病患間的性互動很容易成為八卦醜聞、焦慮、衝突與分裂問題，破壞對治療環境的需求，或是對維持一個不會過度刺激脆弱病患的環境造成影響。最後其認為，自主及被迫的性行爲界限，在機構體制下將難以區辨³¹¹。

本文認為，用「可能遭受性壓迫」為由，全面限制收容人間性權利之行使顯然是不合理的，蓋如上述，用剝奪個人權利為手段來實現對個人權利的保護，乃是一種照護者的義務懈怠。至於所謂性接觸將導致性醜聞、難以區辨合意與強制性行爲的說法，更是純粹著眼於機構管理便利性與事後證明成本的論點。然而，實務上就精神障礙者，尤其是智能不足者在機構內發生性行爲所生爭議，往往圍繞著更為細微、具個案差異的地方打轉。以下即以 *Psychiatric Ethics and the Rights of Persons with Mental Disabilities in Institutions and the Community* 一書中所舉的美國兩則案件為例，略窺實務上對此一議題的探討情形。

³⁰⁹ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 26.

³¹⁰ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 27.

³¹¹ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 25.

第二款 避孕、性病風險與性權利：機構內的光與影

第一目 避孕的權利

首先來看 VF 的案子³¹²。VF 是一個慢性精神病患者，以失能被長期收容在一個精神衛生機構中。她曾被指稱擁有不負責任性行爲 (irresponsible sexual behavior) 傾向的病史。在住院期間，她和另一個病患生了一個男孩，RF。由於此一懷孕事實直到她分娩前兩週才被檢查出來，因此 VF 並沒有機會決定是否終止妊娠，也未能接受任何產前護理。這個孩子健康地被誕下，但母親 VF 與孩子 RF 仍控訴系爭機構、主治醫師以及母親的公共監護人 (public guardian)³¹³，主張 RF 的出生乃是肇因於精神衛生機構之疏失。

本案的爭執點之一在於，治療醫師與監護人是否應該監督 VF 與其他男性的接觸，以確認她並未與他發生性關係。針對「無論如何都不應認定一個女性沒有被允許生育孩子或是間接地被允許在機構內發生性行爲的能力」此一命題，法院在此持否定見解，此種態度來自優生學的考量。換句話說，法院認為從事性行爲與生育之能力並非任何人在任何情況下都無條件享有；據此，何人擁有此一能力即是必須接下去討論的問題。對一般人而言，若無特殊情事，均有從事性行爲、生育子女之自由，並且也應為其所生育之子女負起教養責任。在機構內的精神障礙者，是否亦享有法律向其他所有人所保證的權利與義務，除非遇到特別針對他們而加以拒斥的情形？若是，那麼除非在特殊情形下遭到拒絕，否則精神障礙者亦應有權從事性活動並有權從事生育³¹⁴。

³¹² Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 24-25.

³¹³ 公共監護人係由美國監護權審裁處或最高法院任命的一名公職人員，其職能乃是為殘障人士就他們的健康和生活方面的事務作決定，類似我國法下的監護人，但是此種公共監護人無權決定殘障者的金錢或財產上事務。

³¹⁴ 在此進一步要問的問題是：這些精神障礙者是否有義務要對自己生養的孩子負起全部責任？用

本案的另一個爭執之點在於，VF 主張她並未被提供關於避孕的諮商與治療，從而導致她懷孕產子。法院承認此一主張有效，這意味著住院機構被預期要為機構內收容的患者提供避孕選擇。然而事實上，自始否認精神病患者的性一事讓許多醫院內的精神病患持續地被拒絕給予避孕照顧。在紐約，沒有一家住院單位提供保險套；精神科醫生並非避孕的專家。但某些形式的避孕—例如戴保險套即屬之一運用簡易，且相對而言負面的副作用較少，另外使用保險套也能對性病蔓延提供保護，最重要的是它們能減少愛滋病的感染風險³¹⁵。究竟住院機構是否應該常態性地發給保險套？究竟保險套應該在機構內被提供，抑或是只有在病患離開機構時才有需要？

VF 案所引發的另一個議題是關於適時接受妊娠檢測的權利，蓋藉此方得以對是否中止妊娠或提供產前保健照護加以考慮。在本案，VF 直到分娩前兩週才被檢出懷孕，從而引發對於她的醫生在臨床能力上的疑問。其實，這種對於懷孕檢測的排斥也反映出對於機構內精神障礙者性行爲的拒斥態度。VF 所生的孩子十分幸運並沒有什麼重大缺陷，但是產前護理的缺乏本即帶有多種風險。過晚檢測出懷孕也限制了患者中止妊娠的選擇。而既然 VF 本身欠缺做任何關於她自己醫療上決定的能力，可能的妊娠中止決定將是由她的監護人為之。不過，即使是對於非精神疾患者而言，中止妊娠與否就是個困難的問題；在精神障礙者身上，此一爭議更形複雜。精神障礙者的法律上監護人在生育事項上，是否擁有與其對於精神障礙者其他醫療事項相同的決定權能？如果是關於一個精神障礙者絕育程序的決定又是如何呢³¹⁶？

有權生育來反推教養義務的存在，本文認為這並非一個正確的命題。在此，我們必須先釐清一開始之出發點，到底是基於將權利與義務緊緊綁在一起的角度，還是給予智能障礙者最大限度自由的角度在做思考？如果一個國家的基本態度是，對於一個能力較低之人，應該盡可能給予其實現自由之可能性、並且就此提供協助，那麼應該要考慮的重點即為，如何在對其提供最大幫助的情況下，讓他們實現個人生命。如此，則精神障礙者從事性行爲與進行生育，乃是其不可剝奪的基本權利；而代其承擔養育子女的義務與風險，則是國家在保護弱勢之核心思考原則下應採取的措施。

³¹⁵ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 27.

³¹⁶ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 28.

第二目 從事安全性行為的權利

接下來看 RH 的案子。RH 被收容在一個高度安全性的醫療施設中。這間醫院收容了為數可觀的長期病患，將病患們安置於單一性別病房裡，不允許病患有性的交往行為（無論是配偶探視或是病患間的關係），且該機構對病患所採之管理政策本身就應包括各程度的監視觀察，以防止病患與彼此發生性關係。除此之外，病患也被禁止以各種管道取得保險套：他們不被允許自己持有，也無法由醫療人員或其他方式取得。RH 對此一政策提出挑戰：他主張他是一個同性戀者，而在院方的禁止性行為政策下，確實一些病患彼此間仍有性關係，院方此一令其無法使用保險套的政策，意味著他的生命與身體完整性將暴露在風險之中，因為他無法實踐安全的性行為³¹⁷。

在一間以禁止性接觸為管理政策之精神處遇機構內的患者，是否應被允許獲得保險套？肯定見解認為，即使性活動在形式上是被禁止的，當它們確實在現實上發生時，即應提供病患保險套，讓他們能夠從事安全性行為。另亦有認為，性接觸是基本權利，精神機構自然不應禁止病患從事性行為或防止他們獲得保險套。至於反對見解則認為，精神衛生機構本來就可以禁止病患間的性接觸，並禁止可能損及此一政策的保險套提供行為³¹⁸。

在本案，RH 輸了訴訟。主審法官接受醫院方提供的證據，認為性行為在該醫院不大可能發生，從而在任何情況下（感染性病的）風險都相當低，因為只有極少數病人患有性傳染疾病。法官也同意，考慮到大多數醫院內的患者曾是性侵犯的加害人或被害人（有時兼為二者）之事實，醫院所採性行為禁止政策乃是合法的。從而，允許性關係存在將影響後續治療與治療環境的提供，且會提高霸凌發生的可能，在此危險性之下自然存在如此的高度監督需求。對於個別患者而言，

³¹⁷ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 30.

³¹⁸ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.*

其性親密關係究竟是出於自主抑或是被迫，對其而言究竟可能有益抑或是對自我整合的妨礙，此乃另外一個必須探討的問題。然而，對於身處深刻痛苦與絕望的患者來說，此一探究過程相當困難³¹⁹。

關於醫院機構在管理政策上應如何決定的問題凸顯出幾個重要議題。首先是性關係：許多人將建立性關係視作基本人權，此一權利當然及於醫院裡的病患，因為他們並非權利受到較多限制的監獄受刑人，遑論在監獄中，與來訪配偶間的性行為也是被允許的；其次關注者在於，任何性互動都需以完全的合意為基礎，否則即會有性剝削的風險；第三則是來自於正當的安全性考量，包含對來訪者（以及潛在違禁物）所存顧慮，以及具高度安全需求的患者得否放心保持隱私。

本案中法院沒有直接討論禁止性行為政策的正當性問題，因為RH的律師並未對醫院禁止性行為之政策提出質疑，不過在這政策背後可能出現兩種目的衝突：擁有合意性關係之基本權利與安全上考量。正如同在本案，可能在其他許多安全戒護醫院也是如此，假若有病患曾經是性侵犯案件中的加害人以及/或是被害人，關於性行為參與者是否出於自願性同意或許就特別重要，這當然是個難題。然而，全面地禁止性行為發生是否就是解決上開不同目的間緊張關係的妥適方案？回到是否應該提供保險套這個獨立問題上來，本案法官指出此一毫無例外的簡單政策乃是適當的，它不會讓機構工作人員陷入一個必須採取違反其性行為禁止政策的位置上。這是否為明智之舉³²⁰？

事實是，被禁止的事情並不代表它不會發生。雖然醫院提出證據表示，病患間發生性接觸的可能性相當低，但是顯然性接觸仍有可能外於醫院監視而存在（RH自己就是一例）。因此，一個在風險評估上概率相對較低但是只要一發生就會導致嚴重後果的行為，仍然有事前防範的必要。從而，就RH可能（雖然可能性不高）

³¹⁹ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 31.

³²⁰ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 32-33.

進行的不安全性行爲，醫院仍然應該有提供保險套之措施予以配合³²¹。

第三款 現實複雜性與具體權利確保之拉鋸

從上面兩個案例，可以發現在臨床實務上，機構內精神障礙者的性權利實踐議體比想像中還複雜得多。確保性權利與避免性侵害，在現實上往往被混為一談而難以取捨。論者指出，毫無疑問地，住院患者必須被保護以免於性侵犯，從而應有明確規範禁止病患與照護工作者間的性行爲。最少限制環境原則以及對社會互動的最小干擾原則並不包括與工作人員間的互動。性剝削之風險在具有權力依賴關係的情形特別高，例如此處存在於工作人員與住院患者間的關係。未受特別選任、訓練與監督過程的工作人員，對患者進行性剝削行爲的傾向與其他虐待與疏忽情形一樣常見。美國的專業倫理守則由是禁止臨床醫生與患者間的性接觸，此一禁止乃是為了保護患者免於落入一種權力與個人知識顯然不對等的性關係中，蓋病患的照顧者負有一忠實義務，應為患者之利益而非其自身之利益而行爲。然而，僅僅是呼籲或公開揭示道德守則，仍不能代替適當的工作人員甄選、培訓服務和監督³²²。

在同樣的考量下，一個患者與其他患者以及訪客間能夠擁有的性互動行爲乃必須受到限制。此處可能出現一項滑坡效應問題：亦即這樣一來就會演變成應該訂出一明確界限，禁止所有在住院單位內的性行爲，蓋如此最易於管理與執行。此一爭論到了最後，機構必須就如何能夠提供最佳治療環境，與個別患者自主權與知情同意進行衡平考量³²³。

對於上面的論述，本文基本觀點還是在於，當一個人已經選擇了他想要的生活形態或是行爲舉止，在這個選擇並未破壞最低限度社會規範時，都沒有理由加

³²¹ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 33.

³²² Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 28-29.

³²³ Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *ibid.* p. 29.

以禁止。為了要防止對收容病患的性剝削，從而禁止其進行性行為，就像是要智能障礙者先進行絕育再發展其性生活一樣，自始就是欠缺正當性的要求；而所謂病患間之性行為可能造成醫生與護理人員的不舒服、機構內恐慌等，更不是限制權利的合理事由。

誠然，在機構之封閉環境裡，病患與工作人員間長期互動，彼此成為生活中難以忽視甚至不可或缺的存在，其人際關係往往錯綜複雜，要區辨出於雙方自願還是壓迫性性行為，具有現實上的困難度。但是，正如本論文於前面所進行之中心論述，在精神障礙者當中的智能障礙群體裡，對性之「同意與否」，本身，就是一個獨立問題，為了讓他們能夠真正享有與他人自由往來的性自主實踐空間，同時保護他們不受性剝削與性侵犯，原本就要投入資源，就個案事實逐步分析，這才是真正的國家義務所在。

對於機構內的管理政策，究竟應賦予機構本身多少裁量權限？本文認為，即使是本於安全或增進治療環境之考量，對於病患或收容人的基本權利限制，亦應以符合比例原則為限，尤其對於關係個人自主決定的重大權利，如性生活安排、性伴侶選擇、性行為態樣，無論如何不能完全剝奪，否則即屬個人基本價值之侵犯。換言之，不管基於哪種事由，至多只能在一定條件、程度範圍內「限制」權利，但仍不得完全地「拒絕給予」。至於機構內之病患，自然也有權本於此一權利實踐，向機構或是透過機構向背後的國家社會請求相關協助，包括避孕與育兒之諮詢、產前產後護理、從事性行為之安全防護措施，以及性病門診、性侵犯防制與輔導資源之提供等。是以，上述兩案中之 VF 與 RH，自有權向機構為及早實施妊娠檢測與准許其持有保險套之請求。

第三節 代結論

智能障礙者的性權利乃是一個複雜問題。本論文之討論核心，原僅止於刑事法所能觸及的領域，因此對於智能障礙者本身之性認知（性圖像）建構過程、從事性行爲時心理狀態之變化，以及後續可能引發之結果，乃至智能障礙者在整個社會中的處遇，均未深入著墨。亦即，正文中所採取的基本態度是：自刑法規範出發，最終也回歸到刑法適用上；確定了規範目的——以根據個人性圖像所實踐之性活動為內容的性自主決定權保護，超出此一範圍的身體、名譽、社會人格評價，並非本文要解決的問題。至於為此耗費的國家資源支出，依本文所持觀點，則原本即非限制智能障礙者從事性行爲的正當理由。

然而，在刑事政策之外，關於社會如何看待包含智能不足者在內精神障礙者的性，以及對於智能障礙者要如何學習建立自己的性圖像、在具體個案中主張其性權利、並調和社會成本等等，無疑是對這些長期隱藏在理性之光所照射不到的陰暗處，獨自低語並掙扎求生的人們來說，關係重大的議題。附論中所呈現的問題，乃反映出他們在特殊教育領域、社工領域乃至醫療衛生領域面臨之困境。面對這些實務上所生之問題，本文仍主張，真正能夠處理並且減少精神障礙者、智能有缺陷者因從事性行爲所生問題的根本前提，就是在盡可能告知他們相關風險、並且提供一切可選擇的避孕、疾病預防措施之餘，讓他們自主發生性行爲³²⁴。

隔離與禁止無法抑制本能，視而不見只會讓這件事益發成為禁忌——殊不知禁忌才是社會中繁迴不去的永久烙印。像是蟄伏的巨獸，只要一加碰觸便勃然大怒，吞吐著黏液與噁心惡臭，將社會上其他個體的神經系統腐蝕殆盡。人們不會遺忘它，反而處處留心以免攬其逆鱗，於是這些已然身處社會邊緣者的性，將被推入更深的無底淵藪，覆以無數鐵檻與枷鎖，消失於一般人跟前。然而，正如上

³²⁴ 這也是在當代社會多數價值觀仍承認主體概念，並將每個人視為擁有絕對價值之自主單元的當然推論結果。

文所說，被禁止的事，並不表示它不會發生。從地面斬斷的蔓藤，仍盤根虯結地自地下展延開去，直至偶然被挖掘出幾道蟠曲莖幹，嚇得大家立刻通力將其掩埋，眼不見爲淨。

但是這樣一來，根本解決不了問題，只會讓人更加容易忽視真正需要進行改革的現狀。由於害怕未受訓練的照護人員對病患進行性壓迫，害怕曾經是性侵害案件中之加害人故態復萌、被害人心存陰影，於是禁絕他們在機構內的所有性互動；但是如此一來，只會讓各機構更加輕忽機構內護理人員的選任培訓程序，也不會因此檢討對於性侵犯加害人與被害人的輔導及協助政策是否不足。

——又或許，這才是機構經營者或是國家資源掌握者的真正意圖？培養優良專職醫護人員，提供專業心理諮詢，打造安全療養環境，在在需要錢。為什麼 VF 要向其收容機構提起訴訟？是否因爲沒有人爲她與她的孩子提供未來養育上的協助？為什麼 RH 所居之醫院禁止一切性行爲，亦禁止病患以任何方式持有保險套？院方主張，因爲醫院中可能有高度脆弱或高度攻擊性的病患；但是，這跟性行爲與保險套的全面禁止究竟有什麼必要關聯？在沒有保險套的情形下，發生性行爲所招致之風險只會更大。莫不是醫院只想掩耳盜鈴，用簡簡單單一道禁令，將醫院的監督與照顧責任成本降到最低？本文認爲，沒有理由用「禁止性行爲是否屬於機構裁量範圍」這種簡化後的討論來逃避；上述這些內在問題必須被正視。只有將這些問題攤在檯面上，真正的檢討與扶助才可能開始。

對於難以理解一般人性圖像的智能障礙者，同樣面臨這個不對等的兩難困境。誠然，正如許多智能障礙者家人所擔憂的，社會對於這些族群已經帶有歧視目光，假若再讓他們與第三人任意發生性關係，只會更加降低他們的社會地位，會有更多人來「佔他們便宜」。他們和外面的人「亂來」，生了孩子，孩子有問題怎麼辦？誰要養？這些無比現實的問題，只是赤裸裸地顯示國家與社會不願意真正給予這

些人實質照護的態度。就像本論文在正文中所主張，若是真心希望他們得到幸福，真心希望他們擁有愉悅真誠的性互動，那就應該傾社會國家之資源，讓他們有機會在一個不需恐懼、沒有負擔的情境下享受性的歡愉，讓真正對他們友善之人出現在他們身邊。如果做不到，至少提供他們防免性病的途徑，給予他們免費醫療，在他們意外產下嬰兒—無論是否有遺傳上缺陷一時，向他們保證會提供一個良好養育環境，給他們足夠補助，讓智能障礙者以及他們的原生家庭毋須擔心未來。倘若連這樣的保證都被國家社會所拒絕，那麼人們有什麼資格聲稱，要智能障礙者進行絕育乃是為了保護他們自由生活的權利？對於智能障礙者進行絕育手術進行「補助」，充其量只是虛假的安慰，表現國家對弱勢族群仍然心懷同情。站在本文立場，此種同情之舉，有不如無。

至於對智能障礙者進行與常人一般的性教育，又是另外一個問題。在前面正文中，我們用很大的篇幅討論了性圖像與性自主的本質，以及個人在建構性圖像時，何以會嵌入主體思考的問題。這個討論過程所以重要，是因為它解釋了刑法妨害性自主罪章的處罰基礎。質言之，妨害性自主罪與其他生命、身體法益犯罪相較，其特殊之點在於，一個人的性自主之所以會受到侵害，正是來自其主觀上具備特定內容（由社會所灌輸）的性圖像。正是因為此一性圖像存在，個人方會在遭遇某一性接觸時，產生一種自己的主體受到貶抑的感覺，並由是感到痛苦。性侵害的侵害對象，乃是一種已經存在的性圖像。

對於一般人而言，此一性圖像內容的塑造，可說是人生中的必然歷程。此一性圖像支配個人看待自己的方式，也支配個人與他人相互看待的方式。但是對於智能障礙者，尤其是重度智能障礙者來說，性圖像的建立並非理所當然。我們是否有必要讓他們擁有和一般人相同的性圖像內容？換句話說，人們有無必要致力向一個不會為了特定性接觸過程感到痛苦的人諄諄告誡，告訴他/她說你應該要由於這樣的行為而感到痛苦，應該要讓自己成為一個會為了這樣的性感到羞恥難過

的人？

本文認為，讓智能障礙者學習建立一般人性圖像，並且依循此一性圖像所支配的性模式來安排其性生活，唯一正當性來自於性圖像在社會評價標準上的意義。詳言之，特定性圖像在社會多數價值觀裡定型，影響了社會成員對於個人評價的方式。當一個腦中並不存在特定性圖像的智能障礙者任意與他人發生性行為時，導致其感到挫敗或痛苦的並不是當下發生的性行為本身，也不是與他發生性行為的對象，而是事後來自於第三人的目光——其他社會成員如何看待此一智能障礙者，如何看待他的家庭，以及隨之影響智能障礙者家人對待他的態度。從而，在現實上對於性的傳統價值觀仍未改變之情形下，教導智能障礙者避免可能讓其遭受歧視或責備的性模式，乃是一個權宜的作法。

只不過，回到性主體意識的生成歷史上看，必須再一次強調，性圖像與主體鏈接並非理所當然，社會多數性圖像亦無所謂「正確」可言。從上開對智能障礙者造成人格與情感上影響的過程，本文真正想要點出的是：當人們宣稱要讓智能障礙者學習保護自己不受傷害時，真正傷害他們的到底是誰？當社會強調消除歧視，尊重多元價值的時候，現實上卻是以保護弱勢為藉口，將單一性價值以及對弱勢者漠不關心的態度包裝起來。到最後，真正能夠維護個人化性圖像、防止對性自主造成侵害者，是對於社會共通性圖像的消除。讓性與純潔，性與主體，性與人格尊嚴脫鉤，取下語言裹覆在性之上的神秘面紗。而後，對每個個體而言，真正的性自主可能性才就此蹦現出來。

參考文獻

中文文獻

期刊論文

王皇玉，〈論醫療行爲與業務上之正當行爲〉，《台大法學論叢》，36卷2期，2007年6月。

王皇玉，〈強制治療與緊急避難——評基隆地方法院九十五年易字第二二三號判決〉，《月旦法學雜誌》，151期，2007年12月。

王皇玉，〈引狼入室〉，《月旦法學教室》，87期。

王皇玉，〈拘禁、違法搜索與竊拍？〉，《台灣法學雜誌》，131期，2009年7月。

朱元祥、林燕卿，〈家長對智能障礙子女性教育的知識、態度與溝通研究〉，《性學研究》，第二卷，第二期，2011年7月。

林燕卿，〈影響家長及教師對智能障礙者執行性教育的因素〉，特殊教育季刊，第117期，2010年12月。

江玉林，〈人性尊嚴與人格尊嚴——大法官解釋中有關尊嚴論述的分析〉，《月旦法學教室》，20期。

林東茂，〈乘機性交與詐術性交〉，《月旦法學教室》，60期。

林東茂，〈猥亵的概念〉，《台灣本土法學雜誌》，42期，2003年1月。

林純真，〈智能障礙者性議題之百年進展〉，《特殊教育季刊》，117期，2010年12月。

林聰賢，〈灰色的靈魂：被害・法律・救贖〉，《中原財經法學》，17期，2006年。

林蕙芬，〈智能障礙學生問題行為之調查研究〉，《特殊教育與復健學報》，23期，2010年。

李永昌、廖聲玉、蔡維真，〈智能障礙者性教育課程與教學之探討〉，《台東特教》，第33期，2011年6月。

李茂生，〈論性道德的刑法規制〉，台灣法學會2002年年度法學會議論文，2002年。

李茂生，〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173期，2009年10月。

李建良，〈自由、平等、尊嚴（上），人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題〉，《月旦法學雜誌》，153期，2008年2月。

李建良，〈自由、平等、尊嚴（下），人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題〉，《月旦法學雜誌》，154期，2008年3月。

李聖傑，〈從性自主權思考刑法的性行為〉，《中原財經法學》，第10期，2003年6月。

李聖傑，〈妨害性自主：第三講—類型闡述〉，《月旦法學教室》，23期。

李震山，〈人性尊嚴之憲法意義〉，《律師通訊》，150期，1992年3月。

李震山，〈基因資訊利用與資訊隱私權之保障〉，《現代法治與行政法學——法治理教授紀念論文集》，台北：元照，2004年5月。

李德芬、周才忠、林美珍、陳嘉鳳，〈青少女懷孕對其生理、心理社會之衝擊〉，《台

灣性學學刊》，10 卷，2 期，2004。

阮芳賦，〈從性學角度看性與權力〉，樹德科技大學人類性學研究所，2003 權力、主題、認同與差異研討會，2003 年 4 月。

何志明，〈子宮頸癌之預防—認識子宮頸癌疫苗〉，《聲洋防癌之聲》，117 期，2007 年。

姚人多，〈論傅柯的《主體與權力》：一個批判性的導讀〉，《當代》，第 150 期，2000 年 2 月。

許玉秀，〈妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？〉，《台灣本土法學雜誌》，32 期，2003 年 1 月。

許玉秀，〈重新學習性自主——勇敢面對問題〉，《月旦法學雜誌》，200 期特刊，2012 年 1 月。

許育典，〈從人的自我實現作為基本權的本質（上）建構多元文化國的教育〉，《月旦法學雜誌》，49 期，1999 年 6 月。

許恒達，〈善良風俗、國民健康與促成性交易的刑事責任——以釋字第六六六號解釋為反思契機〉，《月旦法學雜誌》，186 期，2010 年 11 月。

許澤天，〈刑法法益概念的產生與流變〉，《月旦法學雜誌》，197 期，2011 年 10 月。

張珏、葉安華，〈台北地區智障者相關人士對優生保健的認知態度調查〉，《中華衛誌》，第 10 期，1990 年。

張麗卿，〈責任能力與精神障礙——評刑法修正草案〉，《月旦法學雜誌》第 93 期，2003 年 2 月。

張麗卿，〈精神障礙者之犯罪〉，《台灣本土法學雜誌》，86 期，2006 年 9 月。

陳子平，〈私行拘禁罪、強制猥褻罪與竊視竊聽竊錄罪〉，《月旦法學教室》，107 期，2011 年 9 月。

陳昭誠，〈漫談子宮頸癌與性〉，《聲洋防癌之聲》，95 期，2007 年。

陳聰富，〈醫療法第三講—醫療行為與犯罪行為（下）—告知後同意的刑法〉，《月旦法學教室》，70 期。

黃昭元，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《台大法學論叢》，33 卷第 3 期。

黃榮堅，〈刑法增修概說〉，《台灣本土法學雜誌》，2 期，1999。

黃榮堅，〈刑事政策之外〉，收錄於李佳玲著，《在地的刑罰・全球的秩序》，2009 年 1 月，推薦序。

黃榮堅，〈兇殘？異常？突發性失能之規範性判斷問題——評最高法院 96 年台上字第 6233 號判決〉，《法令月刊》，第 60 卷第 9 期，2009 年 9 月。

黃榮堅，〈犯罪構成與同時性原則——評高等法院 99 年上訴字第 4803 號等判決〉，《法令月刊》，第 62 卷第 9 期，2011 年 9 月。

黃榮堅，〈2011 年刑事法發展回顧——慾望年代，慾望刑法？〉，《台大法學論叢》40 卷特刊，2011 年 10 月。

黃璉華，〈談智障者的性教育〉，《護理雜誌》，40 卷，4 期，1993 年 12 月。

甯應斌，〈獨特性癖與社會建構：邁向一個性解放的新理論〉，《臺灣社會研究》，26 期，1997 年 6 月。

甯應斌，〈性工作與現代性：現代自我的社會條件〉，《臺灣社會研究》，53 期，2004 年 3 月。

甯應斌，〈性/交易的相互性〉，《政治與社會哲學評論》，18期，2006年9月。

蔡宗珍，〈人性尊嚴之保障作為憲法基本原則〉，《月旦法學雜誌》，45期，1999年2月。

蔡維音，〈德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討〉，《憲政時代》，第18卷，第1期。

蔡墩銘，〈精神障礙與意識障礙〉，載於《民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，2005年9月。

盧映潔，〈強制性交與乘機性交罪之區別〉，《月旦法學教室》，20期。

盧映潔，〈強吻案之評釋〉，《月旦法學雜誌》，90期，2002年11月。

盧映潔，〈「猥亵」二部曲：論公然猥亵罪——兼評台灣高等法院86年上易字第119號判決、台東地院87年易字第536號判決、板橋地院88年度訴字1556號判決、宜蘭地院88年度訴字第290號判決〉，《月旦法學雜誌》，102期，2003年11月。

謝煜偉，〈檢視日本刑事立法新動向——現狀及其課題〉，《月旦法學雜誌》，165期，2009年2月。

謝煜偉，〈論虛擬兒童的刑事立法規制——誰的青春肉體不可褻瀆？〉，《月旦法學雜誌》，186期，2010年11月。

專著

David Garland 著，周盈成譯，《控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序》，台北：巨流，2006年。

Frederic Gros 著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯，《傅柯考》，台北：麥田，2006年。

Georg Nneer, Armin Nassehi 著，魯貴顯譯，《盧曼社會系統理論導引》，台北：巨流，1998 年。

Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯，《逃避人性：噁心、羞恥與法律》，台北：商周，2007 年。

Michel Foucault 著，尚衡譯，《性意識史第一卷：導論》，台北：桂冠，1998 年。

Nancy Venable Raine 著，王秀婷譯，《沉默之後》，台北：平安文化，2001 年。

王音力，鄂蘭，台北：生智，2002 年。

孔繁鐘編譯，DSM-IV-TR 精神疾病診斷準則手冊 = Quick reference to the diagnostic criteria from DSM-IV-TR，2007 年四版。

甘添貴，《刑法各論（上）》，2009 年 6 月。

甘添貴，《刑法各論（下）》，2010 年 2 月。

林山田，《刑法通論（上）》，2006 年。

林山田，《刑法各論（上）》，2001 年。

林志鍵，《性自主？性桎梏？我國刑法性自主犯罪之分析與批判》，國立台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2006 年 7 月。

李佳玟，《在地的刑罰，全球的秩序》，台北：元照，2009 年 1 月。

李茂生，《權力、主體與刑事法》，1998 年。

周政，《論虛擬兒童色情之刑事規制—對於「國際共識」的觀察與反思—》，國立

台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2011 年 8 月。

莊美鈴、林曼蕙，〈適應體育導論〉，國立臺灣師範大學學校體育研究發展中心，1998 年。

張必昇，〈猥褻概念的解構與性自主概念的重構——以性羞恥感為中心〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

張麗卿，〈司法精神醫學〉，台北：元照，2004 年 9 月。

黃榮堅，〈基礎刑法學（上）〉，2012 年 3 月。

黃榮堅，〈基礎刑法學（下）〉，2012 年 3 月。

黃柏翔，〈精神病性疾患與解離性身分疾患〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月。

曾文星、徐靜著，〈新編精神醫學〉，2003 年 9 月。

裴淑茵，〈家長對其智能障礙子女實施性教育、性溝通現況及需求之研究〉，樹德科技大學人類性學研究所碩士論文，2008 年 6 月。

鍾信心等著，〈精神科護理學〉，1997 年 8 月。

英文文獻

Michael L. Perlin, Harold Bursztajn, Kris Gledhill, Esq. Eva Szeli, *Psychiatric Ethics and the Rights of Persons with Mental Disabilities in Institutions and the Community, Chapter 2. Institutional Rights*, The International Center for Health, Law and Ethics, Faculty of Law, University of Haifa, 2008.

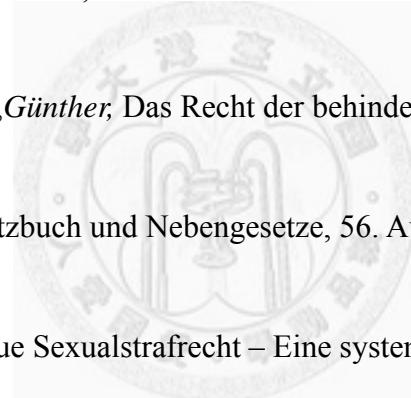
Thomas. S. Szasz, The Myth of Mental Illness, American Psychologist, 15, 1960.

Victoria Fromkin, Robert Rodman, Nina Hyams, An Introduction to Language, Eighth Edition, Thomson Wadsworth Ltd, 2005.

德文文献

Bernd von Heintschel-Heinegg, Müncher Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2/2 § 80-184 f StGB, 2005 .

Bungart, Petra, Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen: Der Schutz Behindter durch das Sexualstrafrecht, 2005.



Castendiek, Jan/ Hoffmann, Günther, Das Recht der behinderten Menschen, 3. Aufl.

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl. 2009.

Gössel, Karl Heinz, Das neue Sexualstrafrecht – Eine systematische Darstellung für die Praxis.

Gössel, Karl Heinz / Dölling, Dieter, Strafrecht Besonderser Teil, 2 Auf. 2004.

Kindhäuser, Urs, Strafgesetzbuch, 3 Auf. 2006.

Kindhäuser, Urs, Strafrecht Besonderer Teil I , 2 Auf. 2005.

Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfried / Paeffgen, Hans-Ulrich, Strafgesetzbuch Band 2, 3 Aufl. 2010.

Lackner, Karl / Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, 25 Aufl. 2001.

日文文献

山口厚編著,《刑法總論》,成文堂,2003年。

山口厚,《刑法各論(補訂版)》,有斐閣,2005年。

山中敬一,〈被害者の同意における意思の欠缺〉,《関西大学法学論集》三三巻三・四・五号合併集,1983年12月。

山中敬一等,《刑法各論(補正版)》,青林書院,2000年4月。

山本直英,《性の人権教育論》,明石書店,1998年12月。

小林憲太郎,〈いわゆる「法益関係的錯誤」の意義と限界〉,《立教法学》,第68号,2005年。

川端博,《レクチャー刑法各論》,法學書院,2004年8月。

早稲田矯正保護展実行委員会,第16回早稲田矯正保護展研究報告書,『精神障害と犯罪』—学生から見た処遇の現状—,2011年12月。

斎藤信治,《刑法各論(第三版)》,有斐閣,2009年3月。

松宮孝明,《ハイブリッド刑法各論》,法律文化社,2009年。

春日武彦,心の闇に魔物が棲むか—異常犯罪の解剖学,光文社,2009年。

高橋迪雄,〈動物から見たヒトの性差〉,《東京大学公開講座:性差と文化》,東京大学出版品,1993年。

藤原英典，〈教育における性差とジェンダー〉，《東京大学公開講座：性差と文化》，東京大学出版品，1993年。

網路資源

〈又見白目法官 性侵智障少女 7 猥亵無罪〉，2010年9月11日，蘋果日報綜合報導，參考網址：

http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32805337/IssueID/20100911，最後瀏覽日期：2011年8月23日。

〈性侵六歲女童未違反意願！被批恐龍法官〉，2011年4月2日，中天電視，杜允智、李曉玲綜合報導，參考網址：

http://www.ctitv.com.tw/news_video_c14v36275.html，最後瀏覽日期：2011年8月23日

〈恐龍法官外星判決？！剖析性侵幼童輕判案〉，2010年9月6日，公視新聞議題中心綜合整理，參考網址：<http://pnn.pts.org.tw/main/?p=7880>，最後瀏覽日期：2011年8月23日。

〈愛滋病患收容爭議 法院判決須遷出社區〉，林長順報導，大紀元電子報，2006年10月11日，網址：<http://www.epochtimes.com/b5/6/10/11/n1483717.htm>，最後瀏覽日期：2012年3月18日

〈智障也有情慾 召妓最好〉，李宥樓採訪整理，2008年1月17日，網址：
http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/20080117/IssueID/20080117，最後瀏覽日期：2011年12月17日。