



臺大法律學院傑出博碩士論文叢書 — 碩士論文

4

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

廖宜寧 著

指導教授：黃榮堅 博士



元照

臺大法律學院傑出博碩士論文叢書
碩士論文 4

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

廖宜寧 著

指導教授：黃榮堅 教授

國家圖書館出版品預行編目資料

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／廖宜寧著．-- 初版．-- 臺北市：
元照， 2014.02
面； 公分．--（臺大法律學院傑出博碩士
論文叢書；4）
ISBN 978-986-04-0551-4（平裝）

1. 猥褻罪

580.8

103003188

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

2014 年 2 月 初版第 1 刷

作 者	廖宜寧
指導教授	黃榮堅 博士
出 版 者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 500 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-04-0551-4

Graduate Institute of Law
College of Law
National Taiwan University
Master Thesis 4

**The Problematic Application of
Article 225 of the Criminal Code**
—A View of the Right to Sex of the
Mentally-Disabled

I-Ning Liao

Advisor: Jung-Chien Huang, Ph.D.

推薦序

廖宜寧同學的碩士論文是在我國刑法乘機性交猥褻罪規範底下，針對精神障礙者之性自主權利問題所作的深入性探討。這是一個具有極度挑戰性的議題；由於智能不足者先天上的特性，亦即智能不足者無法如同一般人作合於一般人所認為的利益計算，所以對於有人與智能不足者的性交猥褻行為，實務上幾乎皆認為構成乘機性交猥褻罪。對於此一似乎是理所當然的看法，反射角度上卻直接導出一個結論，就是智能不足者不應有性行為，或者說得更清楚一點，就是智能不足者事實上沒有性行為的權利。理論言之，我們有誰敢在價值上接受這樣的一個結論？問題是，我們一方面不敢否定智能不足者的性行為權利，另一方面對於與智能不足者的性交行為，幾乎毫無例外的論以乘機性交猥褻罪，這不是一個我們沒有勇氣面對之理論與實踐間的矛盾嗎？

即使我們不敢直接否定智能不足者的性行為權利，接下來也勢必會遇上一個難題，亦即智能不足者的性行為，怎麼樣算是「好的」，亦即非被利用之性行為，因此相對人不構成犯罪？怎麼樣算是「不好的」，亦即被利用之性行為，因此相對人構成犯罪？這一個問題之所以是一個難題，不言可喻，因為真正問題在於，難道所謂一般人的性行為就一定會是「好的」性行為？而一般人如果遇到「不好的」性行為，我們是否也會動用刑罰來保護「被害人」？

儘管問題本身明顯呈現出高度緊張關係，但是在社會的主流觀念底下，要挑戰和解消此一理論與實踐間的矛盾，需要高度的勇氣，更需要高度的論述能力。在如此背景下，宜寧這一本碩士論文無疑的是非常出色的論文。按照學說上相當一致的說法，關於妨害性自主的犯罪類型，保護法益是性自主，所以論文方法上很正確

的，從性自主的基本概念出發，剖析國家於此（雖然假保護智能不足者之名）之刑罰權介入的正當性。本文借用若干社會學家對於性與人格的基本說法，反對通俗社會以及立法背後的父權思想，亦即對於一個「正確的」性行為型態的維護。本文認為所謂性自主的保護，最後維護的就是拼出自我人格圖像的自由，而此一人格的形成，只能來自於每一個人生命的自我歷程。

我們知道，學院裡對於人格權相關概念有長久的鑽研與成熟的說法，不過相對的，立法與司法實務上的操作卻令人懷疑學院教育對抗社會通念的功效。因此從社會通念的角度反過來看本文，似乎本文會是一個某程度烏托邦式的說法，不過事實上，本文也很負責任的在呈現刑事政策上的看法之後，兼論社會教育及社會政策上可能的作法與應有的態度。當然，在一個人性尊嚴概念嚴重模糊的資本主義社會底下，國家資源可能在種種政治生態行為下浪費殆盡，卻無意觀照社會角落真實的受難者，因此很自然的，通俗的角度還是會認為本文說法是一個陳義過高的說法。問題是，文字著述的意義不就在流行之墮落文化中，反向推升，或僅僅是撐住人性最後的高度？基於此，我樂於為之作序：這是動人的碩士論文作品。

指導教授

黃榮堅

2013年12月9日

自序

本書試圖探討對於與精神障礙者從事性行為之行為人課予刑事責任的正當性問題。「人類乃是理性的存在。(Der Mensch ist ein vernunftbegabtes Wesen.)」打從啟蒙時代以降，對於理性與自由意志的信仰從未自人類歷史中消失。「透過自我決定來實踐主體自身」的自由，不僅為個體所追求，也成為法規範亟欲保障的對象。而性自主(Sexuelle Selbstbestimmung)，更是個人自我決定自由中極度敏感的一環。對於性，人類一直帶有極度複雜的情緒：它既代表著神聖的結合、愛與信賴的證明、主體對於自我身體的完全掌握，卻又被歸入不可言說的領域，被認定為下流、污穢、骯髒、羞於啟齒之事。在當代刑法規範裡，性行為一方面被強烈要求以雙方自主同意為其合法前提，並且認定對性自主決定的侵害具有高度不法性與可罰性，而將侵害性自主之行為獨立於一般妨害自由罪加重處罰；另一方面，對於性自主同意設下要件，認為主體必須先符合一定前提，方有能力做出理性同意，此一同意方得在刑法上被認為「有效」而能阻卻系爭行為的不法性。

然而，此處即出現一個矛盾：如若規範制定者指稱，之所以侵害性自主決定權的行為具有高度可罰性，乃是基於個別主體所享有性自主決定自由的高度價值，那麼對於被法律認定為「欠缺能力做出理性決定」的精神障礙者，在其同意系爭性行為的情況下，此一性行為的發生，究竟侵害了什麼？一個人類的決定，是否必須滿足相對理性標準，才能被視為自由的決定？法規範是否有權力以家父長的角度，評斷個別主體的決定內容是否理性，進而宣稱該決定是否果真為主體的自主實踐，從而判定法律應否對其加以尊重？

本書作者即是基於對上述問題的興趣，決定著手撰寫這本論文。囿於主題與篇幅，就自由與主體概念在法哲學領域之辯證以及在刑法體系之作用上，都來不及作深層的分析討論。關於這一部分，期能在未來進行更周延的考察與更全面性的理論建構工作。這一次，有幸榮獲法學院碩士論文獎，實不勝惶恐。除了感謝審查委員青目，也要感謝協助校正稿件的張譯文先生，以及法學院專案辦公室的郭佳攻女士與元照出版公司，讓本書得以順利付梓。作為一本論文，本書在結構掌握及論理基礎上，無疑有許多尚待改進之處；惟希望能拋磚引玉，藉由對於精神障礙者性自主權利的探討，激發讀者思考的興趣，進一步對於「自由」、「自我決定」、「主體實踐」等涉及哲學上根本價值之命題，為更深入的反省和研究。

廖宜寧

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，本罪之適用應限縮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。

關鍵詞：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.

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

目 錄

推薦序

黃榮堅

自序

摘要

Abstract

第一章 緒論

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爲的能力？.....	5
第二節 研究範圍與論文架構.....	7
第一項 兩個主軸：精神障礙者與性自主權.....	7
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

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.....	11
第一項 德國刑法之修正：主體實踐的強調.....	12
第二項 日本刑法規範之準強姦罪・準強制猥褻罪.....	22
第三項 我國刑法之法繼受與現行法下的乘機性交猥褻罪.....	26
第二節 乘機性交猥褻罪之規範目的與構成要件分析.....	29
第一項 本罪之保護法益：所謂性自主「當然侵害」與 「擬制侵害」.....	29

第二項	精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類情形之存在	31
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.....	32
第三節	小 結	37

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	39
第一項	精神醫學臨床上的分類方式	40
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	44
第一項	概念解釋目的在於適用構成要件	44
第二項	醫學與法學的極限	44
第三項	乘機性交猥褻罪中的精神障礙與心智缺陷	46
第四項	智能障礙者：特徵與障度	57
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	59

第四章 再探乘機性交猥褻罪之保護法益

第一節	「個人性自主決定自由」內涵之檢討	66
第一項	擬制的性自由法益？	66
第二項	對於自由法益之侵害應以意識存在為前提	70
第三項	以性自主決定作為上位概念的法益保障	71
第二節	對於性主體意識的絕對保障趨勢	75
第一項	性主體作為最終保護對象	75
第二項	人性尊嚴與客體化公式	78
第三項	尚待釐清的自主決定權利與主體性內涵	81
第三節	性與主體	83
第一項	個人性圖像之描畫	84

第二項	性圖像與主體性之連結	86
第三項	乘機性交猥褻罪所保障的自主權內涵：性圖像完整	87
第四節	現代社會中人類性圖像的面貌	88
第一項	性差與性別角色的塑造	89
第二項	性與勞動價值的再生產	91
第三項	「正確的性圖像」依然存在	92
第五節	性主體意識的生成	99
第一項	個人身體與性圖像的誕生	100
第二項	傅柯的性—知識—權力史觀	104
第三項	現代資本主義社會下的性主體觀	111
第四項	資本主義社會下的「性之政治」	113
第五項	小 結	119
第六節	對於乘機性交猥褻罪保護法益之反省	120
第一項	主體性概念的揚棄？	120
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	123

第五章 智能障礙者在刑法第二百二十五條下的性權利實踐

第一節	智能障礙者的性之權利	125
第一項	智能障礙者的性需求應予肯定	125
第二項	關於智能障礙者性權利之政策演變：歷史觀察	126
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	128
第二節	智能障礙者的性圖像	129
第一項	法庭上的意向探知活動	129
第二項	溝通連接點的斷裂	133
第三項	誰的性圖像？	136

第三節 對性客體化禁止概念之檢討	137
第一項 他們真的是性權利主體嗎？	137
第二項 個人主體性掩護下的社會集體意識	144
第四節 無可抹殺的個體存在・無法逃避的社會責任	148
第一項 以社會成本節約作為法益保護標的之正當性問題	148
第二項 國家角色的轉換	153
第五節 智能障礙者性同意能力的再肯定	154
第一項 性圖像內容之侵害與否來自於個體本身的認定	154
第二項 「性主體」語言結構下的警覺：多元價值的 性主體實踐	155
第三項 保護法益的實質界限	156
第六節 乘機性交猥褻罪要件在解釋論上的重構	158
第一項 以乘機性交猥褻罪處理的核心案型	158
第二項 智能障礙者作為被害人情形下的規範適用	162
第三項 小 結	168
第六章 結 論	171
附 論 關於精神障礙者性權利的相關社會處遇問題	
第一節 智能障礙者的性教育	177
第一項 家庭中的性教育	178
第二項 學校裡的性教育課程	179
第三項 小結：灌輸「正常」性圖像的努力	181
第二節 性權利與避孕議題	182
第一項 限制生育能力是實踐性權利的代價？	182
第二項 性權利的具體實踐途徑——以機構內管理問題為例	184
第三節 代結論	192
參考文獻	197

第一章

緒 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

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

² 參中天電視（4/2/2011），〈性侵六歲女童未違反意願！被批恐龍法官〉，http://www.ctitv.com.tw/news_video_c14v36275.html（最後瀏覽日：8/23/2011）；公視新聞（9/6/2010），〈恐龍法官外星判決？！剖析性侵幼童輕判案〉，<http://pnn.pts.org.tw/main/?p=7880>（最後瀏覽日：8/23/2011）。