

## 刑法判解

## 論性犯罪中「違反被害人意願」之概念 最高法院99年度台上字第4367號判決

### 【事實摘要】

行為人甲為安親班教師，於民國94年6月起至同年10月止，在其任職之安親班教室或廁所內，分別多次撫摸未滿14歲之安親班女學童乙、丙之胸部及陰部，後經家長發現而報案處理。

### 【裁判要旨】

最高法院於本案中指出刑法第222條第1項第2款、第224-1條對未滿14歲男女強制性交、猥褻罪、第227條第1項、第2項對未滿14歲男女為性交、猥褻罪，及第228條利用權勢性交或猥褻罪之被害人亦未滿14歲時，此三犯罪之構成要件各應如何解釋，及其間關聯性之問題。

最高法院判決首先就222條、224-1條與227條之關係，指出：「刑法第227條第1項、第2項之對於未滿十四歲之男女為性交、猥褻罪，係以被害人之年齡作為構成要件之一，立法意旨係衡酌未滿十四歲之我國男女，身心發育未臻健全，智識尚非完足，不解性行為之真義，客觀上否定其具有同意為性行為之能力，所保護之法益，雖非無私人之性自主權，然毋寧多係基於國民健康之公共利益，然此乃指被害人不可同意能力而竟同意之情形；倘根本違反其自由意思，而係遭行為人以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性侵害者，應逕行論以同法第222條或第224條之1之加重強制性交或加重強制猥褻罪，亦即後者之被害法益純粹為性行為之自主權，當加分辨。」

本則最高法院判決繼而就刑法第228條與第227條之關係予以說明：「該條項利用權勢性交、猥褻罪，係因加害之行為人與被害人間具有親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他類似之關係，而利用此權勢或機會，進行性侵害，被害人雖同意該性行為，無非礙於某程度之服從關係而曲從，性自主意思決定仍受一定程度之壓抑，故獨立列為另一性侵害犯罪類型。但如被害人係未滿十四歲之人時，即應依吸收關係，直接課以對於未滿十四歲之男女為性侵害罪責，不發生想像競合犯從一重處斷之問題。縱因吸收關係，而得將利用權勢關係進行性侵害

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

之情節，認定為犯罪事實之一部分，以顯示犯行之全貌與法益侵害之嚴重性，然仍應與違反意願之加重強制性交或加重強制猥褻之情形，作一區別，不容混淆。」

由於本案第二審判決中，既言行為人「基於強制猥褻犯意，先後多次以撫摸胸部、陰部方式，違反該二童之意願而予猥褻得逞」，又言「係藉由其老師之身分，在教室使B童、C童不敢用力反抗」而遂行其猥褻行為。最高法院因而認為，原第二審判決未就上訴人究係以如何方式「違反該二童之意願」予以猥褻，事實認定與理由說明不盡一致，存有理由矛盾之違法，故就此部份予以撤銷發回更審。

### 【學說速覽】

本則案例涉及「違反被害人意願」此一概念，於不同類型之妨害性自主犯罪規範中應如何適用之問題，亦可認為係涉及各種不同妨害性自主犯罪之保護法益何在問題。

從立法沿革觀之，刑法第221條原規定為：「對於婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪，處五年以上有期徒刑。」民國88年4月21日將其修正為今日之「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」其修正理由稱：「原條文中的『至使不能抗拒』，要件過於嚴格，容易造成受侵害者，因為需要『拼命抵抗』而造成生命或身體方面更大的傷害，故修正為「違反其意願之方法」。第224條強制猥褻之規定亦因相同理由而修正。依據上開立法理由，關於強制性交、猥褻罪中的「強制」程度，立法者似有意自較嚴格（較難成立）之「至使不能抗拒」，「下修」或「放寬」至「違反其意願」，以達成加強保護被害人之目的。

對於上開修正，學者有認為，新法（即現行法）的規定等同於將強制手段的強制程度完全刪除，極易造成誤解，認為凡是違反被害人主觀上意願之行為，即使根本不具有強制之性質，亦可成立強制性交或強制猥褻犯罪。<sup>58</sup>申言之，即在行為人之手段並不涉及任何危險或暴力成分之情形（例如意想不到的突襲），仍均可成立強制性交或猥褻罪，將提高成立犯罪之機會。<sup>59</sup>

另有學者指出，由於刑法對於僅單純違背被害人主觀意願、未達至使不能抗拒程度而為性交或猥褻之情形，本即設有乘機性交罪（第225條第1項）、利用權勢性交罪（第228條第1項）、詐術性交罪（第229條）等規定，若真將修正後第221條、

<sup>58</sup> 盧映潔，《刑法分則新論》，348-349頁，2010年6月3版，新學林。

<sup>59</sup> 林東茂，〈評刑法妨害性自主罪章之修正〉，刊於月旦法學雜誌第51期，第70頁以下，1999年7月。

第224條規定之「違反其意願」要素做字面上之解釋，認為只要違反被害人主觀意願即應成立強制性交、猥褻罪，亦將架空利用權勢性交等罪之規定。因此，學說上有主張，對於修正後之「違反其意願」，應予限縮解釋，認為行為人所用手段仍必須屬於強暴、脅迫、恐嚇等類似強制性質之方法，始可成立本罪。<sup>60</sup>惟實務見解並不贊同此說。最高法院97年第5次刑事庭會議決議（一）即指出：「民國八十八年四月二十一日修正前刑法第224條第1項，原規定『對於男女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而為猥褻之行為者，處……』所謂『他法』，依當時規定固指類似於強暴、脅迫、藥劑、催眠術或與之相當之方法。惟該條文於八十八年四月二十一日修正時，已修正為「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行為者，處……（修正後僅有一項）。」依立法理由說明，係以原條文之『至使不能抗拒』，要件過於嚴格，容易造成受侵害者，因為需要『拼命抵抗』而致生命身體方面受更大之傷害，故修正為『違反其意願之方法』（即不以『至使不能抗拒』為要件）。則修正後所稱其他「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。」

相較於學者憂心將「至使不能抗拒」修正為「違反其意願」可能造成性犯罪相關規定適用上的諸多疑難，實務上的處理方式可說是另闢蹊徑。由本則案例之最高法院判決可以看出，法院係認為（加重）強制性交或猥褻罪與利用權勢性交罪，兩者之保護法益雖然相同，均為被害人之性自主法益，但仍有程度上的區別。申言之，於強制性交或猥褻罪，固然法律已明文規定以「違反其意願」為構成要件要素，但法院仍認為必須達於「根本違反其自由意思」之程度；而利用權勢性交罪之成立亦以違反被害人之意願為必要，只是「被害人雖同意該性行為，無非礙於某程度之服從關係而曲從，性自主意思決定仍受一定程度之壓抑」。換言之，最高法院將「違反被害人意願」此一概念解釋為並非「違反／不違反」的絕對零和概念，而係「違反程度嚴重／輕微」的相對概念，以適用既存的侵害性自主法益犯罪規範體系。說穿了，最高法院此種將違反被害人意願程度再予區分的解釋方式，與民國88年修正前，以較嚴格的「至使不能抗拒」作為較嚴重的強制性交、猥褻罪之要件，以區別出其他雖亦違反被害人意願、但較輕微的性犯罪類型，作法上是如出一轍。也可以說，在此問題的實務操作上，似乎換湯不換藥，並未因法律修正而有顯著的改變。

<sup>60</sup> 甘添貴，《刑法各論（下）》，237-238頁，2010年2月初版，三民。

## 【考題分析】

甲與A女係鄰居關係，見A女貌美，心生淫念，某日夜間七時許，見A女家人均外出，乃至A女住處與A女談天，詎甲未得A女同意，在違反A女意願之情形下，將手伸進A女所著衣物內，撫摸A女的胸部及下體數分鐘，A女不甘受辱，大聲呼救，適警員巡邏經過該處，發覺上情。請問甲之行為應如何處斷？刑法條文中所謂「其他違反其意願之方法」究何所指？若甲明知A女未滿14歲，仍為上開行為，對甲行為之處斷是否有所不同？  
(98年調查局②)

## ◎答題關鍵

本題即針對本文所討論之「違反其意願之方法」應如何解釋之問題測驗。考生除將法律修正歷程、實務上見解（如上舉最高法院97年第5次刑事庭會議決議之見解）予以說明外，亦應就上述學者見解一併論述。若考生能指出現行實務上於法律修正後可能存有的「換湯不換藥」問題，當屬更佳。

## 【參考文獻】

1. 甘添貴，《刑法各論（下）》，237-238頁，2010年2月初版，三民。
2. 林東茂，〈評刑法妨害性自主罪章之修正〉，刊於月旦法學雜誌第51期，第70頁以下，1999年7月。
3. 盧映潔，《刑法分則新論》，348-349頁，2010年6月3版，新學林。
4. 蕭台大，《破解刑法分則》，2-47至2-64頁，2010年7月初版，來勝。

## 【關鍵字】

違反其意願之方法、性自主、至使不能抗拒。

## 【相關法條】

刑法第221條、第222條、第224條、第224-1條、第227條、第228條。