

強制猥褻與性騷擾犯罪之界定及案例研究*

吳燦**



謝司長、各位女士、先生，大家午安：

很高興有此機會跟各位先進就「強制猥褻與性騷擾犯罪」的相關問題作報告。刑法強制猥褻罪規定在第二二四條，民國八十八年四月二十一日修正。修正前第一項規定：「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爲者，處七年以下有期徒刑。」第二項規定：「對於未滿十四歲之男女為猥褻之行爲者，亦同。」修正後規定為：「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，而為猥褻之行爲者，處六個月以上五年以下有期徒刑。」（僅一項），修正理由是：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「搏命抵抗」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」。性騷擾防治法於九十四年二月五日制定公布，九十五年二月五日施行。第二五條第一項規定：「意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行爲者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。」第二項規定：「前項之罪，須告訴乃論。」學理上稱此規定為強制觸摸罪（或稱不當觸摸罪）。特別法規定的強制觸摸罪，與刑法所定強制猥褻罪，兩者犯罪構成要件有何差異？如何界定？強制猥褻罪規定的「違反其意願之方法」，其強度如何？在強制觸摸罪立法之後，應否適度調整？實務上對於「猥褻」一詞的定義，不外乎「其行為在客觀上足以誘起『他人』性慾，在主觀上足以滿足『自己』性慾之謂。」刑法既有強制猥褻罪規定，何以又要特別針對性騷擾犯罪加以規範？此項特別規定，是否疊床架屋、畫蛇添足？再者，現役軍人如犯強制觸摸罪，其審判權歸屬如何？均值得討論。尤其在性騷擾防治法施行前、後的實務運作中，關於舌吻、襲胸、摸臀等某些個案的判決，第一、二、三審法院間的見解並不盡一致，判決書中某些不夠精準的用語，透過媒體簡化而聳動的報導，引發一波波的輿論爭議。某些用語，竟然成為犯罪嫌疑人嗣後脫罪的說詞，真是「太超過」。為增加收聽率，就從上星期五的一則新聞事件談起，並針對一些案例先作介紹。

壹、女病人太漂亮

* 本文摘錄自 97 年 10 月 31 日國防部學術講演演說內容。

** 吳燦，國立臺灣大學法律系學士，前最高法院法官，現任臺灣高等法院簡任 14 職等法官。

牙醫忘情貼臉送啖／新聞事件

根據媒體報導，有一名長相清秀可人的女研究生，到台北縣板橋市某牙醫診所矯正牙齒時，突遭許姓牙醫師「親吻右臉頰」，女學生原以為誤觸，沒想到要起身離開診療椅時，再遭親吻，當下質問牙醫在幹嘛，牙醫原道歉稱是「情不自禁」，後被板橋地檢署約訊時改稱是行「國際禮儀」祝福她矯正成功。檢方認為牙醫師坦承有親吻動作，而女研究生也確實感到不舒服，至於行「國際禮儀」之說，檢方認為是卸責之詞，依性騷擾防治法起訴。（引錄自由時報 2008/10/23 社會焦點 B2）。從這則報導，可以想像這位女研究生應該不是屬於毒舌派所稱之「從背後看想犯罪，從前面看想撤退」的類型，才會造成牙醫師的「情不自禁」。

貳、「親吻臉頰＝國際禮儀」～

此說，似曾相識？

許姓牙醫師的親吻臉頰，是行「國際禮儀」之說，似乎是緣自於桃園地院的一件刑事判決（89 易 1266）。該案犯罪事實是，有位方姓男子於八十九年二月九日，在桃園縣大溪鎮某超商內，見被害女子獨自看守櫃台，乃雙手正面強行抱住被害人後，親吻其臉頰達一、二分鐘，經被害人高聲呼喊，才驚慌地逃離現場。桃園地院審理結果，以刑法第三〇二條第一項非法剝奪他人行動自由罪，判處方姓男子拘役五十日；第二審高等法院改論以刑法第三〇四條第一項之強制罪，判處有期徒刑四月。

第一審判決，認為方姓男子親吻被害人臉頰，不構成強制猥褻罪，係以「社會風化之觀念，隨現今社會經濟發展及風俗變遷，顯異於早期社會保守之道德觀感，男女從早期嚴格禮教之制約，至漸趨開放社會環境，男女肢體間接觸是否有礙風化，達刑法制裁之程度，顯不能立於早期『授受不親』觀念予以評價，熱戀男女在街頭擁吻的親密動作，漸為國人所能接受之行爲，接吻行爲在客觀上已非屬誘起他人性慾之猥褻行爲，而『親吻臉頰又係國際社交禮儀』一種，客觀評價上更無猥褻概念可言。被告抱住被害人身體時，並未以性器官摩擦身體，或伺機上下其手撫摸身體，被告強吻告訴人臉頰，行爲固然失檢，但未有進一步輕薄動作，顯無藉此滿足個人性慾之意念存在。」為說明。

這個判決，之所以引起軒然大波，主要在於無罪理由中，提到「親吻臉頰係國際社交禮儀」。這讓人想起多年前，也發生過投票賄選案件判決，出現類似「買票賄選是台灣選舉文化固有的傳統」等爭議性的文字。判決「蛇足」、引喻失當，都是引發爭端的風波。審判書類用字遣詞，必須相當的精準、謹慎及簡潔。否則一份判決書出爐，你我各取所需，彼此解讀不同，「信者恆信，不信者恆不信」，甚至多所誤解、以字害義，不但模糊問題的焦點，也非自許為「定紛止爭」的司法最終目的所樂見。

本案上訴高院後，第二審判決（89 上訴 3561）除提到「被告未以性器官摩擦、未上下撫摸被害人身體。被告此舉，在客觀上尚不足引起告訴人之性慾，亦不滿足被告個人性慾，與猥褻之要件不符」外，並說明「親吻如無法引起其他人或自己性慾，熱戀男女何以在街頭擁吻？而男女間之親吻，與親子間及一般朋友間之

友好親吻，並不相同。被告與告訴人互不相識，顯非屬一般朋友間之友好親吻，原（第一）審認被告無猥褻之犯意，容有誤會。」似乎亦在回應輿論的指摘，而認被告親吻臉頰有猥褻的犯意。但卻又以被告之行爲，已否足以引起「被害人」的性慾，作爲判斷猥褻成罪與否的準據之一。此涉及「在客觀上足以誘起他人之性慾」之猥褻行爲，此之「他人」，究係以被害人、或被害人以外之其他一般人爲判斷標準。如果要求以「被害人已否燃起性慾」作判斷，似乎難以想像。不過，此案經檢察總長提起非常上訴，最高法院判決（91 台非 168）認爲「原確定（即第二審）判決雖認定被告有猥褻之犯意，惟因著手而未遂，且法律並無處罰強制猥褻未遂犯之規定，尙難以強制猥褻罪相繩，其判決理由，亦難謂矛盾」等理由，駁回上訴，而暫告劃下句點。

先前引發婦女團體與學界熱烈討論的本案，祇因一句曾經上過報、沸騰一時的「親吻臉頰是國際社交禮儀」判決文字，在事隔多年後，仍然烙印在屬於知識份子級的牙醫師記憶深處，並引爲自己違法行爲合理化的解釋，也難怪一般市井小民會依樣畫葫蘆、以訛傳訛地爲自己的犯罪，辯說：襲胸十秒、舌吻五秒都判無罪，我只有 x 秒，何罪之有？當無足爲奇矣！

參、舌吻／襲胸／摸臀～

計時開始？／新聞事件

舌吻、襲胸、摸臀，該當何罪？這話題，因爲九十七年七月七日聯合晚報的報導，再次燃起。據該報導指出，彰化地院對於襲胸十秒、舌吻五秒，一再判決無罪，背離人民對法律的感情與信賴，是顛覆一般人認知的判決。並指稱司法院刑事廳因此頻頻關切，希望該院對類似判決的文字用語要做重點把關與修飾。但彰化地院隨即發布新聞稿，聲明澄清「合議庭對強制猥褻或性騷擾案件審理之態度，行爲時間的長短，非審酌的重點，媒體所載 x 秒並非合議庭之認定。合議庭類似襲胸、摸臀、舌吻等案件所考量者，在於該等行爲合乎強制猥褻或性騷擾防治法所明訂之處罰要件。……。非如部分婦女團體或媒體所言，承審法官缺乏性別意識或法律之理解、適用有所違誤。」司法院同一日的新聞稿亦指出「刑事廳固曾致電彰化地院，但僅促其對於外界就特定案件判決予以適當說明，並澄清誤解，絕無『希望彰化地院對於類似判決的文字用語要做重點把關與修飾』之行爲。」舌吻、襲胸、摸臀等案例判決，透過媒體的渲染、報導，好像犯罪行爲人與被害人都手拿「碼錶」開始計時。所謂「內行看門道，外行看熱鬧」，這些個案，是否真如媒體所報導的「法律腦袋、鴛鴦行徑」？不妨讓我們一起來解讀。

肆、舌吻、襲胸、摸臀／案例摘要

一、舌吻案（彰化地院 97 訴 712）

本案犯罪事實是，「被告甲男係 A 女母親的前夫，於九十六年九月二十八日晚上，在彰化縣住處，乘 A 女之母夜間外出未歸，僅 A 女一人躺在房間床上，雙手將 A 女抱緊，強行將舌頭伸入 A 女口腔內親吻。」

第一審判決認為被告不構成強制猥褻罪的理由，主要是依據A女證述她遭被告摟抱初始，還沒弄清楚發生何事、來不及反應，直到被告將舌頭伸進她嘴巴內，親吻約五秒鐘，才意識到而推開被告，被告未施強暴不讓她推開等情。據以說明「被告係在極短暫之時間內，利用A女不及防備與抗拒之際，摟抱A女並將舌頭放入口腔中親吻，在A女察覺立即伸手推開被告後，被告既未另對A女施以與『強暴、脅迫、恐嚇、催眠術』等強制程度相當之違反被害人意願方法而為猥褻行為，與刑法第二二四條、第二二四條之一強制猥褻罪構成要件有間，僅係乘A女不及抗拒而短暫摟抱A女並將舌頭伸入口腔中親吻，屬性騷擾之範圍。」就強制猥褻部分判決無罪，違反性騷擾防治法部分因未據告訴，而為公訴不受理之判決。

第二審台中高分院（97上訴1747）撤銷改判，論處被告強制猥褻罪刑。判決理由指出，「被告雖未實施強暴、脅迫、恐嚇方式致A女不能抗拒之程度，但利用A女單獨一人躺在房間床上，將A女抱緊致無法移動，持續親吻約五秒鐘，被告所實施之手段，足以壓制被害人性自主決定權，並已違背A女之意願，該當於刑法第二二四條所謂其他違反其意願方法之行為態樣。」（嗣經最高法院97台上6465判決駁回被告上訴）。

二、襲胸案（彰化地院 96 訴 25）

本案起訴書記載，「被告蔡○○於九十四年十一月十八日上午某時，在彰化縣員林鎮「曼黛瑪蓮內衣特賣會場」，佯裝選購女用內衣，趁機強行摸捏告訴人A女之胸部，經A女發現，高聲斥責呼救而當場為警查獲。」第一審判決被告強制猥褻部分無罪的理由，係認為「被告雖有趁機出手撫摸A女胸部之行為，並未以相類似於強暴、脅迫、恐嚇、催眠術之方法為之，僅係趁被害人不注意無法防備時而觸摸得逞，與刑法第二二四條強制猥褻罪要件不相符。被告上開行為僅符合社會秩序維護法第八三條第三款『以猥褻之舉動調戲異性』之規定。被告行為時，性騷擾防治法尚未實施，依罪刑法定原則，就強制觸摸部分，亦屬行為不罰。」

第二審台中高分院（96上訴2374）撤銷改判，論處被告犯強制猥褻罪刑，並宣告刑前強制治療。判決理由提到，「碰觸、抓捏他人胸部為輕挑之舉，在客觀上足以刺激或滿足人之性慾，亦會使普通一般人產生厭惡或羞恥之感，而侵害性的道德感情，依一般社會通念，足認有傷於社會風俗，故屬猥褻行為。被告於內衣特賣會場，利用A女在攤位前選購內衣，且左右及後方均擠滿其他客人，站在A女左後方，假裝選購內衣自A女左臂腋下擦碰左胸，抓捏A女左胸十秒，違反A女之意願，而不能抗拒被告所實施之猥褻行為。」

三、摸臀案（台中高分院 96 上更 456）

本案犯罪事實是，「被告岑某於九十四年四月二日上午，在台中市一中街與育才街口，趁機撫摸甲女之左臀部離去後，又騎乘機車返回，趁機踢甲女大腿逃逸。」第一審台中地院（95易902）判決被告犯強制猥褻罪刑，係以「修正刑法第二二四條之強制猥褻罪，立法目的在維護男女平等權之原則及尊重男女性自主權，其

成立不以致使被害人不能抗拒為必要，而重在行為人對被害人為猥褻行為時，是否違反被害人之意願。故其條文『以強暴、脅迫、恐嚇、催眠或其他違反意願之方法』，其中所稱『其他違反其意願之方法』，為概括性、補充性之規定，係指除強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他凡是屬於違反被害人意願之非法方法均屬之，並不以該方法與所舉強暴、脅迫、恐嚇或催眠術相類似者為必要。」此亦為修法後，最高法院對於刑法第二二一條強制性交罪、第二二四條強制猥褻罪之「其他違反其意願之方法」所持之一貫見解。上訴審台中高分院（96 上訴 683）仍維持一審見解，但以被告行為時係屬精神耗弱為由，撤銷改判減輕其刑。

比較特別的是，本案上訴最高法院（96 台上 6736），第三審判決針對刑法第二二四條所稱之「其他違反其意願之方法」提出迥異於該院一貫見解的看法，並就強制猥褻罪與強制觸摸罪作區隔，略述其主要論據如下：

1、性騷擾防治法第二五條所規定之「性騷擾」，係指帶有性暗示之動作，具有調戲之含意，讓人有不舒服之感覺，行為人具有性暗示而調戲被害人之意，以滿足調戲對方之目的，屬性騷擾之犯意。

2、「猥褻」，係指足以滿足自己、他人性慾之動作，侵犯他人性自由之權利，被害人有被侵犯之被害感覺，係屬於性侵害之概念；強制猥褻罪係以猥褻之意，壓抑或影響被害人性自由之意思，以滿足性慾、引起他人性慾之傾向，屬性侵害之犯意。

3、修正刑法第二二四條所增列「其他違反其意願之方法」之強制猥褻罪，是否以行為人猥褻手段具有強制性為要件？以文義解釋而言，雖有爭論，惟就性騷擾防治法第一條第一項之立法意旨以觀，為加強性騷擾之防治及被害人權益之保護，故就現行刑法並未處罰而不具強制性之猥褻行為，另立性騷擾防治法上開規定加以規範。而性騷擾防治法第二五條第一項法定刑度低於刑法第二二四條之規定，故刑法所增列「其他違反其意願之方法」，其強度應高於性騷擾防治法所定性騷擾行為，並應與性騷擾防治法所規範猥褻行為手段之立法區隔，否則，「性騷擾」之猥褻行為手段莫不違背被害人主觀意願，如立法者本意認為已該當於刑法第二二四條之強制猥褻罪，何須另立性騷擾防治法規範？

4、再就刑法第二二四條強制猥褻罪、第二二五條第二項乘機猥褻罪、第二二八條第二項利用權勢、機會猥褻罪等三種猥褻罪基本型態比較觀察，原則上三種猥褻罪均以違反被害人意願之猥褻行為為前提要件，所異者僅是違反被害人意願之程度及所實施之手段。故在解釋第二二四條強制猥褻罪中所謂「其他違反其意願之方法」時，自不得僅以為著重於保護被害人之意願，不論行為者施用何種手段，只要係以違反被害人意願之方式而為之猥褻行為，即成立本罪。

5、是本條所謂「其他違反其意願之方法」，似應指行為人仍應有與條文列舉之所謂強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓制被害人性自主決定權，始足當之，而非祇要行為人以任何違反被害人意願之方法而為猥褻行為者，均構成刑法妨害性自主罪章之強制猥褻罪。

最高法院此一僅見、針對刑法第二二四條所定「其他違反其意願之方法」，採

取應與條文所列舉之強暴等強制方法相當之限縮解釋，在事實審法院的判決中，並不陌生。但此項見解，可能會使同樣也是以「其他違反其意願之方法」為構成要件之刑法第二二一條強制性交罪，面臨該如何自圓其說的窘境。如果，強制性交罪也採取限縮解釋，勢必會引發另一波的爭議，如若不然，則司法解釋即出現兩歧、割裂的矛盾。台中高分院更一審（96 上更 456）依據發回意旨，判決被告無罪（判決理由與襲胸案相同）。

四、法律問題之提出

在刑法第二二四條修正後、性騷擾防治法制定公布施行前之九十二年五月間，司法院第五二期司法業務研究會，曾提出一則「甲男趁乙女於路邊候車未及注意之際，伸手撫摸乙女之胸部，乙女尖叫，甲男迅速逃離，甲男所為是否構成刑法第二二四條之強制猥褻罪？」的法律問題，經與會人員研討結果，多數採取否定說。

否定說認為「一、所謂『其他違反其意願之方法』，應指行為人仍應有與條文列舉之所謂強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他方法，始足當之，甲男之犯罪方法，與修正後刑法第二二四條列舉之所謂強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等方法並不相當，自難據以論罪。二、所謂猥褻指性交以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為。即在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾。又「調戲」乃指不正當之言語動作，為挑引性慾之行為，而猥褻專指動作而言。本題甲男趁乙女於路邊候車未及注意之際，伸手撫摸乙女之胸部，乃猥褻之舉動，甲男足以滿足自己性慾，惟乙女尖叫，甲男迅速逃離，在客觀上乙女突受驚嚇，生理上不足以誘起性慾，乙女在公共場所雖遭性侵害，然甲男行為尚不構成該罪。應由移送警察機關依社會秩序維護法第八三條第三款，以猥褻之舉動，調戲異性之規定裁處。」

伍、舌吻、襲胸、摸臀～該當何罪？

從上開案例或法律問題的研討結論，舌吻、襲胸、摸臀案之判決，所以會出現南轅北轍，首先是，刑法第二二四條所謂之「其他違反其意願之方法」，究係指行為人應有與條文列舉之所謂強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，抑或係指除該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外之其他一切違反被害人意願之方法而言，且不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等方法為必要。一、二、三審判決均先後出現歧異。這種情形，在陳菊與黃俊英高雄市長選舉官司一案，對於公職人員選舉罷免法第一〇三條第一項第二款所規定「對於候選人、有投票權人……以強暴、脅迫或其他非法之方法，妨害他人競選、自由行使投票權……」之所謂「其他非法之方法」，因為一、二審法院見解不同，結果造成陳菊選舉訴訟「逆轉勝」，如出一轍。

其次，傳統實務見解所指「猥褻行為」之「客觀上足以誘起『他人』性慾」之「他人」，究係以被害人、或被害人以外之其他一般人為判斷標準，亦滋疑義。

個案犯罪行為必須先被評價為不構成強制猥褻罪，才進一步考慮是否成立強制觸摸罪。而此又以該行為，係發生在九十五年二月五日性騷擾防治法公布施行前或後為分界點。之前的行為，屬於社會秩序維護法第八三條第三款「以猥褻之舉動，調戲異性」，依罪刑法定原則，應屬行為不罰。必係其後發生之行為，再論究是否該當於強制觸摸罪之要件。但必須是已合法告訴，否則，應為公訴不受理之判決。因此，對於「性騷擾防治法」的制訂，即有必要作些說明。

陸、性騷擾防治法之立法緣由

性騷擾問題普遍存在於職場、校園及公共場所，而性騷擾問題對於受害者所造成的壓力和傷害往往超出我們的想像。根據研究發現，約百分之九十的人，在遭受性騷擾後，會出現「壓力創傷症候群」，受害者常會有頭痛、胃痛、睡眠失調、疲累、緊張等生理症狀。另外，約有百分之七十五的受害者，因性騷擾的打擊，而影響到他們的工作表現與生涯發展。

鑑於性騷擾問題嚴重的威脅人民的工作權、身體自主權、經濟安全權與學生得受教權；但是目前除兩性工作平等法中有少數條文約束職場性騷擾，及學校設立申訴管道之外，並無有關性騷擾防治的專門立法。

從世界各國對於性騷擾之立法趨勢來看，性騷擾條款已從性別歧視之概念獨立出來，其本質已是人身安全問題而非兩性平權問題，其規範範圍宜擴張至職場以外之場所。

第一條明定立法目的如下：「為防治性騷擾及保護被害人之權益，特制定本法」，明揭該法之立法目的主要在於保護人身安全，對於性騷擾問題建立整體防治網絡，使被害人之權益得到確實之保護。

柒、強制觸摸罪之立法歷程

依立法院公報第九三卷第四五期、第九四卷第六期之記載，性騷擾防治法第二五條第一項係秦慧珠等委員（下稱秦委員）所提之草案版本，其原提條文內容為：「乘人不及抗拒違反其意願而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體私密處之行為者，處五年以下有期徒刑。」立法說明以：「狼吻及其他強制觸摸行為現行刑法並未有明文之處罰，故明訂強制觸摸罪之犯罪構成要件及刑罰。」立法院九十三年十月十八日審查會時，法務部代表即該部檢察司司長蔡碧玉（下稱蔡司長）雖說明：「提案條文第三十條：乘人不及抗拒違反其意願而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體私密處之行為者，處五年以下有期徒刑。其立法說明提到這些行為刑法並無明文處罰規定，所以要將它列入處罰；但因為它是違反被害人自由意願的行為，以這樣的構成要件，其實現在刑法裡面的強制猥褻罪是會成立的，應該不會有不處罰的問題發生，所以我們建議，既然刑法已有規範，這個條文可以不要。」秦委員表示：「所以提出本條是因為過去曾發生過強吻事件，法官居然認定這是國際禮儀。」蔡司長認為：「那是個別案件，其實類似案件可以用刑法強制猥褻加以規範，才不會和刑法競合。」秦委員仍堅稱：「婦女

團體對這一條很堅持，要求本席一定要守住。」遂經與會委員無異議通過。

嗣經朝野黨團協商，將條次更改為第二五條第一項，條文修正為：「意圖性騷擾，乘人不及抗拒為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體私密處之行爲者，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。」即現行條文。三讀通過後，秦委員再度說明：「性騷擾防治法通過後有幾個重大的意義，其一是明定強制觸摸罪，不論男性或女性對其他人作狼吻、襲胸、不當觸摸，都要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。」。

捌、性騷擾之定義及認定

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

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

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

由此規定可知，所謂性騷擾，必須該行爲自一般社會大眾的角度來看，均會產生同等感受，而非單純從當事人主觀上受到騷擾之感受，即可加以認定，甚且還必須符合某些條件（如第一款之交換利益性騷擾、第二款之敵意環境性騷擾），才可能構成處罰的對象。但也不能因此就忽視被害人的感受。美國法院就認為：「要了解一個戲劇，不能單憑其中幾個場景，而應該以整個表演作為基礎；同樣地，要分析一個歧視行爲，重點不是在於個別事件，而是在於事件的整體情況。」

（引自高鳳仙，性騷擾之法律概念探究一文）。性騷擾防治法施行細則第二條亦規定：「性騷擾之認定，應就個案審酌事件發生之背景、環境、當事人之關係、行爲人之言詞、行爲及相對人之認知等具體事實為之。」

而所謂之「性侵害犯罪」，依性侵害犯罪防治法第二條第一項規定：「本法所稱性侵害犯罪，係指觸犯刑法第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪。」據此，性騷擾防治法第二五條之強制觸摸罪，應被界定為「對他人實施違反其意願而與性有關之『性侵害犯罪以外』之罪」。

玖、「違法其意願之方法」統一見解

統一法律見解是最高法院重要職掌之一。刑法第二二四條所稱之「違法其意願之方法」，最高法院於九十七年九月九日，九十七年度第五次刑事庭會議作成決議：「八十八年四月二十一日修正前刑法第二二四條第一項，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爲者，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，而為猥褻之行爲者，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』而致生命或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。」

拾、『秒』視猥褻罪，可望走進歷史？／概念之界定

觸摸（婦女）身體之何一部位，始符合前述猥褻之概念，學說上固有四種見解：1.基於維護善良風俗之立場，無論何一部位均屬之。2.乳房、腹部、背部、腰部、陰部、臀部屬之；但頭、臉、頸部、雙手（腳）不及之。3.凡醫學上婦女之性感部位，如嘴唇、頸部、手腋部、乳房、腹部、腰部、陰部、臀部、大腿等部位。4.乳房、陰部、臀部等婦女最重要、最神秘之部位。但猥褻與性騷擾，均屬評價性之不確定法律概念。其價值概念應依當時、當地之社會倫理規範及一般人健全常識，就客觀行為事實決定之。學者柯耀程雖認為，強制猥褻與強制觸摸罪之區隔，在於所侵害的部位，是否屬於具有特定性象徵意義的部位，如是，則行為屬於強制猥褻；如否，則屬於性騷擾強制觸摸之行為。惟，強制觸摸罪之客體（臀部、胸部、其他身體隱私處），在概念上似均屬特定性象徵意義之部位，若依學者之區別標準，似無由成立強制觸摸罪之餘地。

性騷擾防治法第二條將性騷擾定義為「性侵害以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為」，故必不符合性侵害犯罪防治法第二條所規範性侵害犯罪行為之強制猥褻罪，始能成立性騷擾防治法之強制觸摸罪。此二罪均以「違反其意願」為構成要件，惟強制觸摸罪係以「乘人不及抗拒」之方法為之。所謂「乘人不及抗拒」，乃出其不意而為偷襲，此與強制猥褻之「違反其意願」，業已妨害被害人意思自由，則仍屬有別，兩者規範之範圍應不相同。

質言之，強制觸摸罪之構成，應著重在「不及抗拒」，與財產犯罪中的搶奪罪，重在「趁人不備」相仿，亦即在行為人祇是「摸帶跑」、「碰一下」（時間很短，也許一、二秒），而被害人還「未能即時（來不及）反應」之際，行為人已「自己停止侵害行為」的情況下，才能成立強制觸摸罪。如若被害人有「閃躲、撥開、推開」對方的動作，或因遭「突襲」而被「鎖住」「驚嚇」而不能或不敢抗拒，已妨害被害人意思自由，應屬強制猥褻範疇。因此之故，所謂舌吻、襲胸、摸臀「x秒」，應該祇是一個形容詞。

拾壹、現役軍人犯強制觸摸罪之審判權歸屬

法院對於刑事訴訟案件，應依下列順序審查之：一、審判權之有無。二、管轄權之有無。三、其他不受理原因之有無。四、免訴原因之有無。（法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項一五五）。管轄錯誤、不受理、免訴之判決固均為程序判決，但審判權之有無，應優先於其他原因之程序判決而為適用。軍事審判法第一條第一項規定：「現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判之，其在戰時犯陸海空軍刑法或其特別法以外之罪者，亦同。」

陸海空軍刑法於第二篇分則中明定純粹軍事犯之處罰，另設第三篇附則，就非純粹軍事犯亦加以處罰。其中第七六條第一項規定：「現役軍人犯刑法下列各罪者，除本法另有規定外，依各該規定處罰」，將刑法之處罰規定，引置為陸海空軍刑法之處罰，並以「現役軍人」為界定審判權之範圍。亦即現役軍人犯陸海空軍刑法第七六條所列之刑法各罪者，祇要發覺在任職服役中，即應依軍事審判法第一條第一項前段、第五條之規定，由軍事法院審判。依陸海空軍刑法第七六條第一項第七款規定，必須現役軍人犯刑法「妨害性自主罪章」，始轉換為陸海空軍刑法之條文而歸軍事審判。而性騷擾防治法第二五條之強制觸摸罪，固屬對他人實施違反其意願而與性有關之「性侵害犯罪以外」之罪，但並非刑法「妨害性自主罪章」所定之罪名，該法又無特別規定，故現役軍人犯強制觸摸罪，軍法機關能否追訴審判，即不無疑義，有待進一步研求。本罪因屬不得上訴第三審法院之案件，可能須待有非常上訴的案件，最高法院才會表示其見解。

以上報告，卑之無甚高論，敬請指教，並祝大家萬事如意，謝謝！



照片日期：97 年 10 月 31 日