



《高大法學論叢》

第 14 卷第 1 期 (09/2018), 頁 1-52

暴露與觸摸性騷擾刑事責任 之探究

—以德國刑法的性騷擾規範為借鑑

林信銘*

摘要

在德國刑法分則第 13 章妨害性自主罪中，有兩個以騷擾作為構成要件要素的條文。首先是德國刑法第 183 條，其所處罰者係藉由暴露行為騷擾他人的男性，而屬於暴露性騷擾的刑法規範。其次是 2016 年新增訂的德國刑法第 184i 條，其係對於藉由與性有關的身體觸摸而騷擾他人者科以刑事處罰，而屬於觸摸性騷擾的刑法規範。相較於強姦等性犯罪的核心類型，上述兩個條文皆在規範相對輕微的性犯罪，因此也面臨一些類似的困境與質疑。

自從 1973 年現行德國刑法第 183 條施行以來，許多文獻不斷地從法益理論與實證研究的角度質疑其正當性。此外，甫於 2016

*德國符茲堡大學法學博士

年新增訂的德國刑法第 184i 條亦在其剛生效之際，即因其無邊無際的構成要件範圍而遭到強烈批判。事實上，關於這兩個條文的正當性疑慮，其實並不令人意外，甚至可以說是必然的結果。蓋此二條文所處罰的行為雖亦屬對於個人性自主決定權的侵害，但侵害的程度相當薄弱，因此在刑法最後手段性的思考之下，如此刑法規範的正當性必然受到質疑，也必然面對如何予以限縮解釋的挑戰。在性騷擾因 **me too** 運動而成為熱門話題之際，本文希望能夠透過對於德國刑法中性騷擾規範的介紹，提供台灣未來相關刑事立法若干參考資料。

A Study on the Criminal Liability of Sexual Harassment by Exhibitionism and Physical Contact

-Developed at Examples of the Criminal Regulation of Sexual Harassment in the German Penal Code

Sin-Min Lin **

Abstract

There are in the 13th Section of the special part of the German Penal Code on offenses against sexual self-determination two offenses, which have the criterion of harassment. The first of the two offenses is paragraph 183 of the German Penal Code, which punishes the harassment of another person by a male exhibitionist offense and is a criminal provision against sexual harassment by exhibitionism. The second offense of this type is the newly in the year 2016 inserted paragraph 184i of the German Penal Code, which punishes the harassment of another person by a sexual physical touch and is a criminal provision against sexual harassment by physical contact. In comparison to the crimes of the core area of the sexual criminal law, for example, the rape, the two criminal offenses are against minor injury of

** Ph.D. in Laws at the University Wuerzburg in Germany

sexual self-determination. That is why the two criminal provisions are with similar legal problems.

Paragraph 183 of the German Penal Code is since its legitimacy in the year 1973 again and again on the basis of the legal estate considerations in the theoretical and empirical literature on doubts. In addition, paragraph 184i of the German Penal Code is in the literature strongly criticized since its introduction in the year 2016 because of the lack of offense. The legitimation problems of the two provisions are not surprising, but inevitable consequence. Committed by the two regulations is the sexual self-determination. But the violation of sexual self-determination by these acts is very low. Due to the criminal ultima ratio principle must be reviewed on its legitimacy and the two provisions must be interpreted restrictively. Since the society because of me-too-movement focuses on the problems of sexual harassment, it seems even more necessary to give the Taiwanese legislators some hints to the criminal regulation of sexual harassment by the representation of the German legal situation.

暴露與觸摸性騷擾刑事責任 之探究

—以德國刑法的性騷擾規範為借鑑

林信銘

目錄

壹、前言

貳、德國刑法對暴露性騷擾的規制

一、立法沿革

二、充滿爭議的保護法益

三、犯罪構成要件

四、緩刑門檻降低、相對告訴乃論與競合

五、正當性爭議與除罪化要求

參、德國刑法對觸摸性騷擾的規制

一、立法背景

二、犯罪構成要件

三、例示性加重事由、相對告訴乃論與競合

四、濫用危險與重刑疑慮

肆、對於台灣法制的啟發—代結論

關鍵字：性騷擾、性自主決定權、德國性刑法、暴露狂、身體觸摸

Keywords: sexual harassment; sexual self-determination; German sexual criminal law; exhibitionism; physical contact

壹、前言

翻開德國刑法分則第 13 章妨害性自主罪(*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*)，可以發現有兩個以騷擾(*Belästigung*)作為構成要件要素的條文。首先是在 1973 年透過第 4 次刑法改革法案(*4. Gesetz zur Reform des Strafrechts*)¹修訂的德國刑法第 183 條，其第 1 項規定：「藉由暴露行為騷擾他人的男性，處 1 年以下自由刑或罰金刑²。」此一條文涉及的是透過暴露行為所為的性騷擾。另一個以騷擾作為構成要件要素的條文為 2016 年透過第 50 次刑法修正法案(*50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches*)³增訂的德國刑法第 184i 條，該條文第 1 項規定：「以與性有關的方式對他人為身體觸摸且藉此騷擾之者，倘該行為未依其他規定處以更重之刑時，處 2 年以下自由刑或罰金刑⁴。」此一條文所欲規範者乃與身體觸摸有關的性騷擾。

上述兩個德國刑法條文的共同之處在於皆以騷擾他人作為構成要件結果，因此立法者在立法理由中也明確指示，於 2016 年新增訂第 184i 條中騷擾要素的解釋應參酌第 183 條中關於騷擾要素的解釋⁵。相較於強姦等性犯罪的核心類型，上述兩個條文皆在規範相對輕微的性犯罪，因此也面臨一些類似的困境與質疑。自從 1973 年以來，許多文獻不斷地從法益理論與實證研究的角度質疑

¹ BGBl. I 1973, S. 1725 ff.

² 原文為：Ein Mann, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

³ BGBl. I 2016, S. 2460.

⁴ 原文為：Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

⁵ BT-Drucks. 18/9097, S. 31.

德國刑法第 183 條的正當性⁶。在 2016 年德國性刑法的改革討論中，左派黨（Die Linke）亦曾提案刪除刑法第 183 條，並將其規範內容改置於屬行政罰性質的秩序違反法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten）⁷，不過最後此一提案並未獲得德國聯邦國會的支持。此外，甫於 2016 年新增訂的德國刑法第 184i 條，亦在其剛生效之際即因其無邊無際的構成要件範圍而遭到強烈批判⁸。事實上，關於這兩個條文的正當性疑慮，其實並不令人意外，甚至可以說是必然的結果，蓋此二條文所處罰的行為雖亦屬對於個人性自主決定權的侵害，但侵害程度上相當薄弱，因此在刑法最後手段性（ultima ratio）的思考之下，如此刑法規範的正當性必然受到質疑，也必然面對如何予以限縮解釋的挑戰。

⁶ 主張德國刑法第 183 條應予以除罪化者，如：Claus Roxin, *Strafrecht AT I*, 4. Aufl., 2005, § 2 Rn. 29.; Tatjana Hörnle, in: *MK-StGB*, 3. Aufl., 2016, § 183 Rn. 2.; *dies.*, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, 1. Aufl., 2005, S. 462; *dies.*, *Strafzumessungspraxis und angemessene Strafzumessung bei exhibitionistischen Handlungen*, *MschrKrim* 2001, S. 212.; Günther M. Sander, *Zur Beurteilung exhibitionistischer Handlungen*, 1. Aufl., 1996, S. 122 ff.; *ders.*, *Ist eine Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen gerechtfertigt?*, *ZRP* 1997, S. 447, 450 f.; Werner Benz, *Sexuell anstößiges Verhalten. Ein kriminologischer Beitrag zum Exhibitionismus (§ 183 StGB) und zur Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183a StGB) sowie zu deren strafrechtlicher Problematik – mit einem rechtshistorischen und einem rechtsvergleichenden Überblick*, 1. Aufl., 1982, S. 188 ff.; Bernd Schünemann, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in: *FS-Claus Roxin I*, 2001, S. 1, 28; René Bloy, *Der strafrechtliche Schutz der psychischen Integrität*, in: *FS-Eser*, 2005, S. 233, 254; Helmut Kentler / Eberhard Schorsch, *Kein Strafrecht gegen exhibitionistische Handlungen*, in: *Jäger / Schorsch (Hrsg.)*, *Sexualwissenschaft und Strafrecht*, 1. Aufl., 1987, S. 105; von Anja Hören, *Ungereimtheiten bei der strafrechtlichen Verfolgung des Exhibitionismus*, *ZRP* 1987, S. 19, 22; Brigitte Sick, *Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht. Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts*, *ZStW* 1991, 43, 89 ff.

⁷ *BT-Drucks.* 18/7719, S. 8 f., 18.

⁸ Thomas Fischer, *StGB*, 64. Aufl., 2017, § 184i Rn. 11 f.

觀諸台灣刑法分則第 16 章妨害性自主罪，並無以騷擾作為構成要件要素的規定，因此上述德國刑法對於暴露與觸摸性騷擾的立法模式，對台灣而言尚屬陌生。在性騷擾因 *me too* 運動而成為熱門話題之際，本文希望能夠透過對於德國刑法中性騷擾規範的介紹，來提供台灣未來相關刑事立法若干參考資料。以下，本文將依序介紹德國刑法中暴露與觸摸性騷擾的規定及文獻上對之所提出的質疑。最後，本文並將藉由德國法的啟發，對於台灣相關法制提出若干建言。

貳、德國刑法對暴露性騷擾的規制

一、立法沿革

德國舊刑法第 183 條係處罰引起他人不悅的公然猥褻行為⁹。在 1973 年 11 月 23 日公布的第 4 次刑法改革法案（4. Gesetz zur Reform des Strafrechts）¹⁰中，立法者將此規定一分為二。首先，針對舊刑法第 183 條最主要的案件類型，亦即所謂的暴露行為（*exhibitionistische Handlungen*），特別以專條的形式規定於刑法第 183 條。至於新增訂的刑法第 183a 條，則處罰引起他人不悅的公然性行為，以補第 183 條之不足。立法者之所以特別制定刑法第 183 條來規範暴露行為，係因考量到此一行為在犯罪學上的特殊性。暴露行為在德國性犯罪案件數量排行上係屬名列前茅的犯罪類型，行為人對於從事暴露通常具有控制上的困難，因此暴露狂（*Exhibitionist*）的再犯率極高。但另一方面，倘能對於暴露狂施以相當的治療，其治癒率亦極高。從此一角度而言，暴露狂所

⁹ Vgl. von Franz Liszt / Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 557 f.

¹⁰ BGBl. I 1973, S. 1725 ff.

需者係治療，而非刑罰，對於暴露狂施以刑罰反而有害於治療的成效¹¹。

儘管暴露狂具有上述特質，立法者仍拒絕將其除罪化，而特設刑法第 183 條處罰暴露行為。立法者所考量的理由，共計以下 7 點¹²：1. 暴露行為悖離公眾的羞恥感。2. 社會大眾無法諒解暴露行為。3. 觀諸其他國家的立法例，亦皆對暴露狂施以刑事制裁。4. 在刑法中明文對於暴露行為加以處罰，有助於提高暴露狂接受治療的意願。5. 從事暴露行為者，有可能在將來從事其他的犯罪行為。6. 對於被騷擾者而言，暴露行為通常係突如其來地發生，因此被騷擾者通常無法得知，究竟行為人僅意在暴露性器官，抑或暴露行為僅係行為人所擬違犯之更重大性犯罪的開端。7. 暴露行為侵害被騷擾者精神上的安寧，其侵害程度可達德國刑法第 223 條傷害罪的地步。

基於上述考量，立法者一方面在刑法第 183 條第 1 項確立了暴露行為的可罰性，另一方面則基於治療的需求在同條第 3 項賦予行為人關於緩刑的特權。依此，只要行為人願意接受治療，且可預期經過治療後其暴露傾向將獲得改善，法院即可對行為人宣告緩刑，而放棄自由刑的執行。從德國刑法第 183 條第 3 項的規定可以看出，立法者之所以維持暴露行為在刑法上的可罰性，在相當程度上係為了促使暴露狂接受治療，而非僅一味地為了使暴露狂遭受刑事制裁。

二、充滿爭議的保護法益

德國刑法第 183 條的標題為「暴露行為」(exhibitionistische

¹¹ Hartmuth Horstkotte, Verführung und Exhibitionismus nach dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts, JZ 1974, S. 84, 89.

¹² BT-Drucks. 6/3521, S. 53 ff.

Handlungen)，其第 1 項規定：「藉由暴露行為騷擾他人的男性，處 1 年以下自由刑或罰金刑。」從案件數量的統計數據來看，德國刑法第 183 條在刑事司法實務上具有相當重要的意義¹³。但必須探究的是，本罪的保護法益為何？男性暴露性器官的行為究竟會造成何種侵害？首先可以確定的是，德國刑法第 183 條並非在保護公共法益，其所欲保護者乃個人法益。觀諸同條第 2 項將第 1 項之罪原則上設計為告訴乃論之罪，即可得到明證¹⁴。有疑問的是，對於被迫觀看男性性器官者而言，其究因親身經歷他人暴露行為而遭受何種法益的侵害，以致於國家必須動用刑罰手段來對之加以保護。

關於暴露行為所侵害的個人法益，立刻可以聯想到的是個人的性自主決定權¹⁵。文獻中的一些說法，例如刑法第 183 條係在保護個人免於違反意願地面對他人的性行為¹⁶，或透過此一規定

¹³ Eric Hilgendorf, in: Arzt / Weber / Heinrich / Hilgendorf, Strafrecht BT, 3. Aufl., 2015, § 10 Rn. 11.

¹⁴ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: LK-StGB, 12. Aufl., 2006, § 183 Rn. 1.; Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 2.; Kristian Kühl / Martin Heger, StGB, 28. Aufl., 2014, § 183 Rn. 1.; Walter Perron / Jörg Eisele, in: Arnold / Burkhard / Gropp / Heine / Koch / Lagodny / Perron / Walther (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München., 2005, § 183 Rn. 1.; Klaus Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 1. Aufl., 2012, Rn. 719; Günther M. Sander, Ist eine Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen gerechtfertigt?, ZRP 1997, S. 447.

¹⁵ 主張暴露行為所侵害的法益係他人的性自主決定權者，如：Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 2.; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 1.; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 719; Wilfried Botke, Exhibitionistische Handlungen und Erregung öffentlichen Ärgernisses, in: FS-Szwarc, 2009, S. 297, 300; Tatjana Hörnle, Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: Hefendehl / Hirsch / Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 268, 276.

¹⁶ Eric Hilgendorf, in: a.a.O. (Fn. 13.), § 10 Rn. 30; Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 4.), § 183 Rn. 1 f.; Jürgen Wolter (Hrsg.), in: SK-StGB, 8. Aufl., 2007, § 183 Rn. 1.; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 714.

可保障個人免於遭受重大的騷擾¹⁷，或暴露行為侵犯被騷擾者的個人隱私領域¹⁸，或暴露行為係侵害個人請求他人尊重其視覺感官的權利¹⁹，其實都只是用換句話說的方式來表達暴露行為係侵害個人性自主決定權。只要吾人肯認，觀看他人性器官係屬一與性有關的事件，那麼暴露狂在未經他人同意的情況下，強迫他人觀賞其性器官，自屬迫使他人參與一個與性有關的事件，而侵害他人的性自主決定權。因此，關於暴露行為係侵害他人性自主決定權的說法，基本上並不存在任何疑義。

如上所述，暴露行為係侵害被騷擾者的性自主決定權。依此，德國刑法第 183 條的保護法益是否即不存在疑義呢？恐不盡然。蓋暴露行為的被騷擾者並無須與行為人為身體上的接觸，其僅是在不願意的情況下觀看行為人的性器官。換言之，暴露行為所侵害者僅係視覺意義上的性自主決定權，因此其侵害性自主決定權的程度相當薄弱。如此薄弱的性自主決定權侵害，是否可以證立對於暴露行為科以刑事處罰的正當性，即存有疑問。論者或許意識到此一困境，因此遂另闢蹊徑來說明德國刑法第 183 條的保護法益。基此，德國文獻上關於刑法第 183 條所保護法益很常見的一個理解方向是，透過觀看他人暴露的性器官，非自願觀看者精神上的安寧（*psychisches Wohlbefinden*）將受到干擾²⁰。依據立法

¹⁷ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 1; BT-Drucks. 6/1552, S. 10.

¹⁸ Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 4.), § 183 Rn. 1; *dies.*, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 268, 275; Jürgen Wolter(Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 16.), § 183 Rn. 1a; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 719.

¹⁹ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 1; BT-Drucks. 6/3521, S. 56.

²⁰ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 1; Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 6.), § 183 Rn. 1; Kristian Kühl / Martin Heger, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 1; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 1; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 719; Günther M. Sander, a.a.O. (Fn. 14.), 447; BT-Drucks. 6/3521, S. 53.

理由，此一對於他人精神上安寧的干擾，可達到德國刑法第 223 條傷害罪的程度²¹。

上述將暴露行為對於他人精神上安寧的干擾無限上綱至心理傷害的說法，在實證研究上遭遇到嚴峻的挑戰。許多實證研究的結果皆顯示，男性裸露性器官的行為固然有可能引起觀看者的負面情緒，但並不會對於觀看者造成持續的生理或心理傷害²²。如此的研究結果其實並不令人意外，蓋在現代社會中，實殊難想像單純裸露性器官的行為有可能對他人造成何種心理傷害。因此，以擾亂他人精神安寧來試圖正當化對於暴露行為的刑事處罰，從實證研究的角度來看，恐淪於論者的主觀想像，而缺乏經驗科學的有力支持。

因干擾他人精神安寧的說法太過空泛，有學者遂嘗試以較限縮、具體的方式來詮釋暴露行為對於他人所造成的效應。由於在某些案例情況下，面臨暴露行為者常因不知行為人究僅意在暴露或仍欲進一步為其他性攻擊，而陷入恐懼的狀態，因此文獻上即有主張，應將可罰的暴露行為限縮於此種案例類型，並藉由暴露狂在他人心理上所製造的恐懼感來正當化對於暴露行為的刑事制裁²³。此種以恐懼感取代擾亂精神安寧的說法，顯然較具有說服

²¹ BT-Drucks. 6/3521, S. 53; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 1.

²² Vgl. Werner Benz, a.a.O. (Fn. 6.), S. 186; Günther M. Sander, a.a.O. (Fn. 6.), S. 96 f.; Matthias Weihrauch, Zur Strafverfolgung beim Exhibitionismus vor und nach dem vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts von 1973, in: Hess/ Störzer/ Streng (Hrsg.), Sexualität und soziale Kontrolle. Beiträge zur Sexualkriminologie, 1978, S. 83, 89 f.

²³ 主張應將刑法上可罰的暴露行為限縮於對他人具有威脅性而造成恐懼感的案例類型者，如：Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 6.), § 2 Rn. 29; Jürgen Baumann, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil – Sexualdelikte, Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand, Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe, AE 1986, S. 6, 38 f.; Tatjana Hörmle, a.a.O. (Fn. 6.), S. 462; dies., in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 268, 276. 僅於暴露行為無法除罪化的情況下，始退而求其次主張應將對暴露狂的刑事處罰侷限在其引起相對人恐懼感的情形者，

力，不過同樣面臨實證研究上的質疑。根據許多實證研究的結果顯示，暴露狂多與相對人保持一定距離，其鮮少接近相對人，且通常不具攻擊性，因此所謂暴露行為潛藏激化危險的說法並不切合實際情況，暴露行為的相對人事實上無須擔心行為人對其採取更進一步的性攻擊²⁴。

由於上述暴露行為干擾精神安寧與製造恐懼感的論點，皆不為實證研究所支持，因此在文獻上即有學者據此主張應對暴露行為予以除罪化²⁵。藉由以上討論，亦可看出德國刑法第 183 條法益界定上的困難。依筆者的看法，上述暴露行為可能製造他人心理上恐懼感的說法，應屬比較可以被接受的見解。雖然實證研究顯示絕大部分的暴露狂皆不具有攻擊性，但如何辨別具攻擊性與不具攻擊性的暴露狂，並無明確標準可循²⁶。因此，前述實證研究的結果並無法完全消除在特定案例中暴露行為相對人內心的恐

-
- 如：Günther M. Sander, a.a.O. (Fn. 6.), S. 125 f.; ders., a.a.O. (Fn. 6.), S. 447, 451.
- ²⁴ Vgl. Eberhard Schorsch, Perversion als Straftat. Dynamik und Psychotherapie, 2. Aufl., 1996, S. 80 ff.; ders., Sexualkriminalität, in: Kaiser/ Kerner/ Sack/ Schellhoss (Hrsg.), Kleines kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl., 1993, S. 470, 471; ders./ Helmut Kentler/ Eberhard Schorsch, in: a.a.O. (Fn. 6.), S. 105, 109; Oskar Paul Dost, Psychologie der Notzucht. Untersuchung, Verfolgung, Vorbeugung, 1. Aufl., 1963, S. 298; Heinrich Joachim Müller, Exhibitionismus im Landgerichtsbezirk Duisburg in den Jahren 1956 bis 1965 - eine kriminologische Darstellung, 1972, S. 81 f.; Adolf Pietzcker, Der Exhibitionismus. Eine forensisch-psychiatrische Untersuchung, 1969, S. 26; Harald Hans Körner, Sexualkriminalität im Alter, 1. Aufl., 1977, S. 25 ff.; Günther M. Sander, a.a.O. (Fn. 6.), S. 120; Michael C. Baurmann, Sexualität, Gewalt und psychische Folgen. Eine Längenschnittuntersuchung bei Opfern sexueller Gewalt und sexueller Normverletzungen anhand von angezeigten Sexualkontakten, 2. Aufl., 1996, S. 307; Matthias Weihrauch, in: a.a.O. (Fn. 22.), S. 83, 87; von Anja Hören, a.a.O. (Fn. 6.), S. 19, 21.
- ²⁵ Günther M. Sander, a.a.O. (Fn. 6.), S. 122 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 6.), S. 447, 450; Werner Benz, a.a.O. (Fn. 6.), S. 188 f.; Helmut Kentler / Eberhard Schorsch, in: a.a.O. (Fn. 6.), S. 105; von Anja Hören, a.a.O. (Fn. 6.), S. 19, 22.
- ²⁶ Vgl. Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 716; Thomas Görgen, Rückfallgefährdung und Gewaltisiko bei exhibitionistischen Tätern. Forschungsstand und Forschungsbedarf, 2003, S. 34.

懼感，蓋其無從得知，行為人究僅欲藉由裸露性器官來滿足性慾，抑或裸露性器官僅係行為人發動性攻擊的開端。由此觀之，如能將對於暴露行為的刑事處罰限縮在對被害人心理上具有威脅性的案例類型，應有助於正當化刑法上暴露行為的可罰性²⁷。當然，隨著時代的演進，倘若因社會大眾思想觀念的改變，暴露行為不再被認為具有威脅性，而僅被視為一種精神疾病的症狀，那麼應該就是對暴露行為全面除罪化的時候了²⁸。

二、犯罪構成要件

德國刑法第 183 條第 1 項規定：「藉由暴露行為騷擾他人的男性，處 1 年以下自由刑或罰金刑。」以下本文將逐一分析其主客觀構成要件要素。

（一）客觀構成要件

1. 行為主體限於男性

德國刑法第 183 條第 1 項明文將其行為主體限於男性。依此，只有男性方能違犯本罪，故本罪係屬特別犯（*Sonderdelikt*）²⁹。事實上，暴露狂並非全是男性，女性亦有可能實施暴露行為³⁰。既然如此，德國刑法第 183 條第 1 項為何將處罰對象限於男性，其理由實耐人尋味。在 1999 年德國聯邦憲法法院駁回關於刑法第 183 條憲法訴願（*Verfassungsbeschwerde*）聲請的裁定中，聯邦憲

²⁷ 主張應將刑法上可罰的暴露行為限縮於對他人具有威脅性而造成恐懼感的案例類型者，如：Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 6.), § 2 Rn. 29; Jürgen Baumann, a.a.O. (Fn. 23.), S. 6, 38 f.; Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 6.), S. 462; *dies.*, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 268, 276. 僅於暴露行為無法除罪化的情況下，始退而求其次主張應將對暴露狂的刑事處罰侷限在其引起相對人恐懼感的情形者，如：Günther M. Sander, a.a.O. (Fn. 6.), S. 125 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 6.), S. 447, 451.

²⁸ Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 6.), § 2 Rn. 63.

²⁹ Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 721.

³⁰ Wilfried Bottke, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 301.

法法院僅以平等原則不適用於性刑法一語，即得出刑法第 183 條第 1 項並未違反基本法 (Grundgesetz) 第 3 條平等原則的結論³¹。聯邦憲法法院此一論述，實難謂為一足以令人信服的說法。

關於德國刑法第 183 條第 1 項將行為主體限於男性的理由何在，文獻上也有一些討論。有學者認為，有鑑於實際上女性暴露狂相當稀少，暴露狂絕大多數皆屬男性，因此僅針對男性的暴露行為加以處罰即為已足³²。惟此種說法似有自相矛盾之嫌，蓋女性暴露狂僅係稀少，但並非不存在，單憑此實無法清楚交代為何本罪僅處罰男性暴露狂。另有學者認為，目前各式各樣的傳播媒體上皆充斥著女性的裸體，由此可見觀賞女性裸體對於大多數男性來說，不但不會產生負面情緒，而且還會帶來愉悅的感覺，故沒有必要對於女性的暴露行為科以刑事處罰³³。此一論點明顯植基於一個社會上長期的刻板印象，即男人愛看女人裸體，女人則排斥看男人裸體。姑且不論此一刻板印象是否有其實證基礎，此刻板印象是否為刑法所應遵循的價值觀，即有疑問。對此，有學者指出，德國刑法第 183 條實蘊含歧視女性的思維，蓋在長期男性居於優勢的社會結構下，女性因性慾受到壓抑而無法如同男性一般去欣賞異性的裸體，因此以女性無法接受觀看男性裸體為由來對於男性的暴露行為加以處罰，無異助長上述壓抑女性性慾的錯誤價值觀³⁴。

至於被害人的性別，德國刑法第 183 條第 1 項則未設任何限制。換言之，無論男性或女性，皆可成為本罪的被害人。在立法

³¹ BVerfG, Beschluss vom 22.3.1999 – 2 BvR 398/99.

³² Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 6.), § 183 Rn. 5; Jürgen Wolter(Hrsg.)s, in: a.a.O. (Fn. 16.), § 183 Rn. 7; Wilfried Bottke, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 310.

³³ Wilfried Bottke, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 310.

³⁴ Brigitte Sick, a.a.O. (Fn. 6.), S.43, 89 ff.

過程中，曾有建議將本罪的行為客體限於女性³⁵，不過立法者考量到對於青少年男性亦有加以保護的必要，故未對本罪被害人的性別為任何限制³⁶。

2. 暴露行為

德國刑法第 183 條第 1 項係處罰男性藉由暴露行為而騷擾他人。依通說見解，本條所謂暴露行為（*exhibitionistische Handlungen*）係指，男性意圖藉由暴露行為本身、觀看他人反應或在他人面前自慰來引起、滿足或提升自己的性慾，而在未經他人同意的情況下，在他人面前裸露自己的性器官³⁷。依此，唯有行為人具備刺激或滿足自身性慾的意圖，其裸露性器官的行為方屬本條所稱的暴露行為。倘行為人非基於刺激或滿足性慾的意圖而裸露其性器官，例如裸體日光浴、裸體慢跑、公然排泄或透過裸露性器官以達到挑釁或抗議的目的，即因欠缺刺激或滿足自身性慾的意圖而不屬於本罪所稱的暴露行為³⁸。

惟應注意者乃，從德國刑法第 183 條第 1 項的條文本身，並無法看出任何對於行為人刺激或滿足性慾意圖的要求。因此有學

³⁵ Vgl. Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), Entstehungsgeschichte zu § 183.

³⁶ Vgl. Protokolle des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, S. 1771, 1777.

³⁷ BT-Drucks. 6/3521, S. 53; Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 5; Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 6.), § 183 Rn. 6; Kristian Kühl / Martin Heger, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 2; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 2; Jürgen Wolter(Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 16.), § 183 Rn. 2; Reinhart Maurach / Friedrich-Christian Schroeder / Manfred Maiwald, Strafrecht BT I, 10. Aufl., 2009, S. 245; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 723; Karl Heinz Gössel, Das neue Sexualstrafrecht. Eine systematische Darstellung für die Praxis, 1. Aufl., 2005, S. 202; Hartmuth Horstkotte, a.a.O. (Fn. 11.), S.84, 90; BGH NSTZ-RR 2007, 374.

³⁸ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 2; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 723; OLG Karlsruhe NSTZ 2001, 587.

者即主張，從法益保護的觀點來看，實不應將本罪侷限於行為人為了刺激或滿足自身性慾而裸露性器官的情形，倘行為人基於發洩性慾以外的動機（例如挑釁）而裸露性器官，裸露行為的相對人亦應同受本罪的保護³⁹。不過，此僅屬少數見解，按照上述德國實務與學界通說，本罪的暴露行為仍以行為人具備刺激或滿足自身性慾的意圖為前提。

此外，裸露性器官本身必須即為行為人所追求的目的，方可成立本罪所謂的暴露行為。倘行為人裸露性器官，僅係為了與相對人為身體上的性接觸（例如為了強姦他人而先自行寬衣解帶），則此時所涉及者即非本罪的暴露行為，而係其他的性犯罪類型（例如強姦未遂）⁴⁰。與此不同的是，倘若裸露性器官與後續的性攻擊皆屬行為人所追求的目的，則無礙於前階段裸露性器官的行為成立本罪的暴露行為⁴¹。例如行為人基於發洩性慾的動機，先行在被害人面前裸露性器官，復又對被害人伸出鹹豬手，則先行的裸露行為仍可被認定為屬本罪所規範的暴露行為。

本罪被害人所被迫觀賞者必須為真實的男性性器官，倘行為人係持人造陽具示人，即非本罪的暴露行為⁴²。在暴露行為的認定上，行為人的性器官是否勃起，並非所問⁴³。行為人只要基於刺激或滿足自身性慾的意圖而在他人面前裸露性器官，即為已

³⁹ Wilfried Bottke, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 302 f.

⁴⁰ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 5; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 3; Jürgen Wolter (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 16.), § 183 Rn. 2; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 725; BayObLG NJW 1999, 72 f.

⁴¹ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 3; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 3; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 725.

⁴² Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 2; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 723; LG Koblenz NStZ-RR 1997, 104; OLG Köln NZV 2004, 423.

⁴³ Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 723.

足，本罪的暴露行為並不要求行為人除了裸露性器官之外尚須實施更進一步的性行為（例如自慰）⁴⁴。本罪對於暴露行為的行為地並未設任何限制，不論行為人係公然或在封閉的空間內向他人裸露性器官，皆不影響本罪的成立⁴⁵。本罪並未限定暴露行為必須公然實施，係有其考量，蓋依照經驗，在私密空間實施的暴露行為通常反而較在公共場所實施者更具威脅性⁴⁶。此外，行為人必須係在與被害人面對面的情況下裸露性器官，方屬本罪的暴露行為。若行為人透過視訊向他人裸露性器官，即非本罪意義下的暴露行為⁴⁷。倘行為人在他人面前出示內容含有男性性器官的照片，亦不合於本罪暴露行為的概念⁴⁸。最後，暴露行為的行為人在主觀上必須追求其裸露行為被他人察覺⁴⁹。倘行為人係在他人背後裸露性器官，即無從成立本罪⁵⁰。若行為人僅消極地容任他人察覺其裸露性器官的行為，亦不該當本罪⁵¹。

⁴⁴ Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 723.

⁴⁵ BT-Drucks. 6/3521, S. 53; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 2; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 726; Wilfried Bottke, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 299 Fn. 7; Hartmuth Horstkotte, a.a.O. (Fn. 11.), S.84, 90.

⁴⁶ BT-Drucks. 6/3521, S. 53; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 2.

⁴⁷ Vgl. Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 5; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 3; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 724.

⁴⁸ Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 724.

⁴⁹ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 7; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 2, 5; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 3; Jürgen Wolter(Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 16.), § 183 Rn. 2; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 726; BGH NStZ-RR 2007, 374; OLG Düsseldorf NJW 1977, 262; OLG Düsseldorf NStZ 1998, 412, 413; OLG Bamberg, Beschluss vom 22.2.2011 – 3 Ss 136/10.

⁵⁰ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 2; BGH, Beschluss vom 20.6.2007 – 2 StR 181/07.

⁵¹ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 2; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 726; OLG Düsseldorf NJW 1977, 262; OLG Düsseldorf NStZ 1998, 412 f.

3. 騷擾

依德國刑法第 183 條第 1 項，並非所有暴露行為皆成立本罪，唯有行為人所實施的暴露行為造成騷擾他人的結果，方有該當本罪之可言。由於本罪的條文內容僅曰「騷擾」(Belästigung)，對於何謂騷擾則未進一步說明，因此本罪中騷擾要素的內涵即有賴解釋來加以填補。依德國聯邦憲法法院的見解，本罪的騷擾要素並未違反德國基本法 (Grundgesetz) 第 103 條第 2 項所要求的明確性原則 (Bestimmtheitsgrundsatz)，蓋在司法實務長期對於本罪騷擾概念具體化所做的努力之下，此一概念在判斷上已有明確可供遵循的標準⁵²。以下本文即逐一分析德國實務與學界對於本罪騷擾要素的解釋。

首先，本罪的被騷擾者必須為一實際上察覺暴露行為之人⁵³。此一察覺暴露行為者，尚須理解暴露行為所象徵的性意涵，始有被騷擾之可言⁵⁴。依此，倘行為人係在無法理解暴露行為性意涵的兒童面前裸露性器官，將不成立本罪⁵⁵。惟此並非意味在兒童面前裸露性器官即完全無刑事責任，蓋此時行為人將觸犯德國刑法第 176 條第 4 項第 1 款禁止在兒童 (依同條第 1 項係指未滿 14 歲之人) 面前為性行為的規定，且依此規定將被科以較刑法第 183 條更重之刑 (3 月以上 5 年以下之自由刑)。

本罪的被騷擾者除必須察覺暴露行為與理解其性意涵外，尚

⁵² BVerfG, Beschluss vom 22.3.1999 – 2 BvR 398/99.

⁵³ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 727.

⁵⁴ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 727.

⁵⁵ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 6; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 728.

須因經歷行為人的暴露行為而產生相當程度的負面情緒⁵⁶。依通說見解，此處所謂相當程度的負面情緒，包括恐懼、驚嚇、不安、憤怒、噁心、不悅等感覺⁵⁷。至於文獻中有主張應將可罰的暴露行為限縮在引起相對人恐懼感的情形⁵⁸，實較偏向立法論層次的思考，在現行條文尚未修正之前，欲以如此限縮的方式來解釋本罪的騷擾要素恐非易事。毫無疑問的是，倘若相對人持平或甚至正面地看待暴露行為，例如其對於行為人裸露性器官感到無所謂、訝異、好奇、同情、好笑或愉悅，即無騷擾之可言，自不成立本罪⁵⁹。

文獻上有爭議的是，本罪的暴露行為除了實際上必須導致騷擾他人的結果之外，其是否在客觀上亦必須足以騷擾他人。持肯定見解者認為，暴露行為必須從理性第三人的角度來看具有騷擾他人的適格性，始可成立本罪⁶⁰。持否定見解者則認為，本罪既

⁵⁶ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 6; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Jürgen Wolter(Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 16.), § 183 Rn. 3; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 728; Wilfried Bottke, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 304.

⁵⁷ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Jürgen Wolter(Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 16.), § 183 Rn. 3; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 728.

⁵⁸ 主張應將刑法上可罰的暴露行為限縮於對他人具有威脅性而造成恐懼感的案例類型者，如：Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 6.), § 2 Rn. 29; Jürgen Baumann, a.a.O. (Fn. 23.), S. 6, 38 f.; Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 6.), S. 462; *dies.*, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 268, 276. 僅於暴露行為無法除罪化的情況下，始退而求其次主張應將對暴露狂的刑事處罰侷限在其引起相對人恐懼感的情形者，如：Günther M. Sander, a.a.O. (Fn. 6.), S. 125 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 6.), S. 447, 451.

⁵⁹ Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 4.), § 183 Rn. 10; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 728; Wilfried Bottke, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 304.

⁶⁰ Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 6.), § 183 Rn. 11; Kristian Kühl / Martin Heger, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 3.

已要求暴露行為必須造成事實上騷擾他人的結果，那麼暴露行為在客觀上是否足以騷擾他人，即屬多餘的問題，而不應影響本罪的成立與否⁶¹。

如同前面在討論暴露行為的概念時所提到的，本罪的行為人必須在主觀上追求其裸露性器官的行為被他人察覺⁶²。換言之，行為人必須鎖定特定對象，且希望藉由其裸露性器官被該人察覺而達到刺激或滿足自身性慾的目的。依通說見解，本罪的被騷擾者並不以行為人所鎖定之人為限，倘行為人鎖定對象以外的第三人察覺到暴露行為，且因此產生相當程度的負面情緒，該第三人亦可成為本罪的被騷擾者⁶³。惟須注意者乃，行為人對於其暴露行為被其鎖定對象以外的第三人所察覺一事，必須至少具有間接故意，始成立本罪⁶⁴。依此行為人就其暴露行為被其未鎖定的第三人所察覺，必須至少認知到此係屬可能發生，且容任其發生，始須依本條負擔刑事責任。

（二）主觀構成要件—刺激或滿足自身性慾的意圖

如前所述，通說見解認為，德國刑法第 183 條第 1 項的行為人必須意圖藉由裸露行為本身、觀察他人對其裸露行為的反應或

⁶¹ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4.

⁶² Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 7; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 2, 5; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 3; Jürgen Wolter(Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 16.), § 183 Rn. 2; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 726; BGH NSTz-RR 2007, 374; OLG Düsseldorf NJW 1977, 262; OLG Düsseldorf NSTz 1998, 412, 413; OLG Bamberg, Beschluss vom 22.2.2011 – 3 Ss 136/10.

⁶³ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 6; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Jürgen Wolter(Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 16.), § 183 Rn. 3; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 727; *Wilfried Botke*, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 308.

⁶⁴ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 5; *Wilfried Botke*, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 308.

在他人面前自慰來引起、滿足或提升自己的性慾⁶⁵。此一要求暴露行為必須以刺激或滿足性慾動機為前提的通說見解，顯然受到精神醫學上對於暴露行為概念理解的影響。蓋從精神醫學的觀點，暴露行為係屬於一種性傾向的錯亂⁶⁶。不過，刑法上對於暴露行為概念的解釋是否一定要遵循精神醫學的標準，並非無疑。因此，有學者遂從法益保護的觀點出發，主張為了完善對於暴露行為相對人的保護，不應對本罪行為人的主觀意圖加以限制，蓋裸露性器官者並非一律以發洩性慾為目的，其亦有可能基於其他目的（例如挑釁）而在他人面前裸露性器官⁶⁷。惟通說之所以將暴露行為的概念限縮在行為人意圖藉裸露性器官而刺激或滿足自身性慾的情形，亦有其實際考量，蓋唯有如此方能將自然主義者（Naturist）的裸體行為排除在本罪的適用範圍之外，這在自由身體文化（Freikörperkultur）盛行的德國或許有其必要。

三、緩刑門檻降低、相對告訴乃論與競合

德國刑法第 183 條的一個特殊之處在於，其一方面於該條第 1 項對暴露狂科以刑事處罰，另一方面則於該條第 3 項設計了有利於暴露狂的降低緩刑門檻規定。依德國刑法第 56 條第 1 項，法院

⁶⁵ BT-Drucks. 6/3521, S. 53; Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 5; Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 6.), § 183 Rn. 6; Kristian Kühl / Martin Heger, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 2; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 2; Jürgen Wolter(Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 16.), § 183 Rn. 2; Reinhart Maurach / Friedrich-ChristianS chroeder / Manfred Maiwald, a.a.O. (Fn. 37.), S. 245; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 723; Karl Heinz Gössel, a.a.O. (Fn. 37.), S. 202; Hartmuth Horstkotte, a.a.O. (Fn. 11.), S. 84, 90; BGH NStZ-RR 2007, 374.

⁶⁶ Horst Dilling, / Werner Mombour, / Martin-H.Schmidt, / Elisabeth Schulte-Markwort(Hrsg.), Internationale Klassifikation psychischer Störungen. ICD-10 Kapitel V (F). Diagnostische Kriterien für Forschung und Praxis, 5. Aufl., 2011, S. 168 f.

⁶⁷ Wilfried Bottke, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 302 f.

必須預期刊罰的宣告已足以對被告產生警惕的作用，且可期待在不執行刑罰的情況下，被告將來亦不會再實施犯罪行為，始可對被告宣告緩刑。德國刑法第 183 條第 3 項可說是創設了一個上述刑法第 56 條第 1 項的特別規定。依此，法院只要可預期被告在接受治療後不會再實施暴露行為，即可對被告宣告緩刑。法院在此無須依刑法第 56 條第 1 項去判斷，被告是否在刑罰宣告後即不會再實施暴露行為。依刑法第 183 條第 3 項，只要可預期被告在接受治療後不會再實施暴露行為，法院即可對之宣告緩刑。即便被告於刑罰宣告時仍有再度實施暴露行為之虞，亦無礙於緩刑之宣告⁶⁸。

上述降低緩刑門檻的優惠，並非僅有依刑法第 183 條第 1 項被定罪的男性暴露狂方能享有。刑法第 183 條第 4 項進一步地擴張了同條第 3 項降低緩刑門檻規定的適用範圍。依刑法第 183 條第 4 項第 1 款，倘被告（不問性別）因其暴露行為而違犯第 183 條以外之罪，且該罪最重本刑為 1 年以下自由刑或罰金刑，該被告亦可享有第 183 條第 3 項所規定的降低緩刑門檻優惠。據此，若女性暴露狂因公然實施性行為而觸犯刑法第 183a 條⁶⁹，其亦可依刑法第 183 條第 4 項第 1 款享有同條第 3 項的降低緩刑門檻優惠。此外，依刑法第 183 條第 4 項第 2 款，倘被告（不問性別）因在兒童或與其存在依賴關係的青少年面前實施暴露行為而觸犯刑法第 176 條第 4 項第 1 款或第 174 條第 3 項第 1 款之罪，該被

⁶⁸ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 9; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 733; Hartmuth Horstkotte, a.a.O. (Fn. 11.), S.84, 90; BGHSt 28, 357, 359; BGHSt 34, 150, 153; BGH NStZ 1991, 485; BGH NStZ 1998, 408, 409; BGH StV 2003, 389; OLG Stuttgart MDR 1974, 685; OLG Düsseldorf NStZ 1984, 263; BayObLG, Beschluss vom 11.1.1995 – 2 StRR 237/94; OLG Stuttgart StV 2007, 189.

⁶⁹ 德國刑法第 183a 條規定：「公然實施性行為且藉此刻意或明知地引起不悅者，倘該行為無法依第 183 條加以處罰時，處 1 年以下自由刑或罰金刑。」

告亦可享有上述降低緩刑門檻的優惠⁷⁰。

上述德國刑法第 183 條第 3、4 項的規定傳達了一個思維，即讓暴露狂接受治療比讓其接受刑罰來得更好。對絕大多數的暴露狂來說，要壓抑自己不去從事暴露行為，通常有其困難。因此，對暴露狂施以刑罰通常無助於促使其停止暴露行為。反之，如能使暴露狂接受治療，則往往可收到相當的成效，故使暴露狂接受治療遠比對其施以刑罰更能夠解決問題⁷¹。然而立法者並未因此即放棄以刑法的手段來抗制暴露狂，其所持理由為，對於大部分的暴露狂來說，並無法期待其在未受外界壓力（例如刑罰）的情況下自願接受治療⁷²。

德國刑法第 183 條依其第 2 項係屬相對告訴乃論之罪（*relatives Antragsdelikt*）⁷³。依此，本罪原則上須告訴乃論，但倘若檢察官基於特殊公共利益而認為有職權介入的必要時，例如必須藉由刑罰的宣告來促使行為人接受治療⁷⁴、可預期行為人未來將實施更重大的犯罪⁷⁵或行為人的暴露行為導致特別嚴重的結果⁷⁶，檢察官即可不待告訴而逕行開啟刑事追訴程序。

在競合的問題上與德國刑法第 183 條關係最密切者乃第 183a

⁷⁰ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 11 f.; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 739; Hartmuth Horstkotte, a.a.O. (Fn. 11.), S.84, 90.

⁷¹ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 1; Hartmuth Horstkotte, a.a.O. (Fn. 11.), S.84, 89.

⁷² BT-Drucks. 6/3521, S. 54; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 1.

⁷³ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 7; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 720; Hartmuth Horstkotte, a.a.O. (Fn. 11.), S.84, 90.

⁷⁴ BT-Drucks. 6/3521, S. 8; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 7; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 720.

⁷⁵ Hartmuth Horstkotte, a.a.O. (Fn. 11.),S. 84, 90.

⁷⁶ BT-Drucks. 6/3521, S. 8; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 720.

條，該條規定：「公然實施性行為且藉此刻意或明知地引起不悅者，倘該行為無法依第 183 條加以處罰時，處 1 年以下自由刑或罰金刑。」依此一條文中的補充性條款（Subsidiaritätsklausel），倘涉及到男性的暴露行為時，第 183 條應優先於第 183a 條而被適用。此二條文係居於法條競合的補充關係⁷⁷。

四、正當性爭議與除罪化要求

從上述關於保護法益與構成要件要素的討論，可以看出德國刑法第 183 條係一極具爭議性的條文。因此，第 183 條屬於德國刑法分則第 13 章妨害性自主罪章中最常被要求除罪化的條文之一，即不令人意外⁷⁸。在 2016 年第 50 次刑法修正法案⁷⁹的立法過程中，德國的左派黨（Die Linke）亦曾提案建議刪除刑法第 183 條⁸⁰，不過最後並未獲聯邦國會採納。惟須注意者乃，依照這些對於刑法第 183 條的除罪化要求，並非謂暴露狂即無須負擔任何法律責任，其所主張者毋寧係將暴露行為的問題由刑法移至秩序

⁷⁷ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 14, § 183a Rn. 10; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183a Rn. 8; Jürgen Wolter (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 16.), § 183 Rn. 8; Kristian Kühl / Martin Heger, a.a.O. (Fn. 14.), § 183a Rn. 5; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 718, 758; Karl Heinz Gössel, a.a.O. (Fn. 37.), S. 209; Wilfried Botke, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 316. 另有認為此二罪係處於法條競合的特別關係者，如：Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183a Rn. 7; Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 4.), § 183a Rn. 11.

⁷⁸ 關於德國文獻上暴露行為除罪化的要求，請見：Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 6.), § 2 Rn. 29; Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 6.), § 183 Rn. 2; dies., a.a.O. (Fn. 6.), S. 462; dies., MschrKrim 2001, 212; Günther M. Sander, a.a.O. (Fn. 6.), S. 122 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 6.), S. 447, 450 f.; Werner Benz, a.a.O. (Fn. 6.), S. 188 f.; Bernd Schünemann, in: a.a.O. (Fn. 6.), S. 1, 28; René Bloy, in: a.a.O. (Fn. 6.), S. 233, 254; / Helmut Kentler / Eberhard Schorsch, in: a.a.O. (Fn. 6.), S. 105; von Anja Hören, a.a.O. (Fn. 6.), S. 19, 22; Brigitte Sick, a.a.O. (Fn. 6.), 43, 89 ff.

⁷⁹ BGBl. I 2016, S. 2460.

⁸⁰ BT-Drucks. 18/7719, S. 8 f., 18.

違反法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten）的領域來加以處理。

德國聯邦憲法法院在 1999 年一則駁回憲法訴願（Verfassungsbeschwerde）聲請的裁定中，從下列三方面來對於刑法第 183 條的合憲性做出確認⁸¹：1. 基本法（Grundgesetz）第 3 條第 2、3 項所規定的男女平等原則不適用於性刑法的領域，故刑法第 183 條僅處罰男性暴露狂，並無違反憲法上男女平等原則的問題。2. 雖然若干實證研究顯示，暴露行為並不會造成相對人持續的生理或心理傷害，且絕大多數的暴露狂皆不具攻擊性，但由此並無法得出刑法第 183 條違反憲法上比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）的結論。3. 刑法第 183 條第 1 項的騷擾概念，經由司法實務透過解釋加以具體化後，並不生違反基本法第 103 條第 2 項明確性原則（Bestimmtheitsgrundsatz）的疑慮。由於聯邦憲法法院此一駁回裁定在性質上屬於小組決議（Kammerbeschluss）⁸²，因此在理由的論述上相當簡略，雖然確認了刑法第 183 條的合憲性，但卻並未提出足以令人信服的理由。儘管如此，在聯邦憲法法院此一裁定後，欲循憲法訴願的管道來質疑刑法第 183 條的合憲性，幾乎已屬不可能。

為何在學界一片除罪化的聲浪之下，聯邦憲法法院與聯邦國會均堅持暴露行為在刑法上的可罰性，或許與若干除罪化的論述並不合於國民感情有關。例如一些實證研究所提出暴露狂不具攻擊性的論點⁸³，固有其經驗上的基礎，但社會大眾至今仍無法完

⁸¹ BVerfG, Beschluss vom 22.3.1999 – 2 BvR 398/99.

⁸² 相當於台灣司法院大法官會議的不受理決議。

⁸³ Vgl. Eberhard Schorsch/ Gerlinde Galedary/Antje Haag/ Margret Hauch/Hartwig Lohse, Perversion als Straftat, 1996, S. 80 ff.; ders., in: Kleines kriminologisches Wörterbuch, S. 470, 471; ders./Helmut Kentler / Eberhard Schorsch, in: a.a.O. (Fn. 6.), S. 105, 109; Oskar Paul Dost, Psychologie der Notzucht, 1. Aufl., 1963, S. 298; Heinrich Joachim Müller, Exhibitionismus im Landgerichtsbezirk Duisburg in den Jahren 1956 bis 1965, S. 81 f.; Adolf Pietzcker, Der Exhibitionismus, 1969, S. 26;

全消除對於暴露狂的恐懼感，卻也是不爭的事實。又如有學者主張，刑法上對於男性暴露行為的處罰，係植基於女性無法欣賞男性性器官的性別歧視觀點，⁸⁴此種說法確非全無見地，惟不可否認的是，其所謂的性別歧視觀點亦正是當今社會上的主流文化價值觀。因此，如何縮小理論與民眾認知之間的差距，將是主張暴露行為除罪化者必須面臨的課題。

參、德國刑法對觸摸性騷擾的規制

一、立法背景

(一) 第 184h 條第 1 款嚴重性門檻所造成的處罰漏洞

在 1973 年第 4 次刑法改革法案⁸⁵之後，性行為 (sexuelle Handlungen) 的用語取代猥褻行為 (unzüchtige Handlungen) 成為德國性刑法的核心概念⁸⁶。一個行為是否屬於性行為，係取決於從客觀的角度來觀察，此一行為在外觀上是否呈現出與性的關聯性⁸⁷。然而，並非所有的性行為在刑法上皆具有意義。依德國刑

Harald Hans Körner, *Sexualkriminalität im Alter*, 1. Aufl., 1977, S. 25 ff.; Günther M. Sander, a.a.O. (Fn. 6.), S. 120; Michael C. Baumann, a.a.O. (Fn. 24.), S. 307; Matthias Weihrauch, in: *Sexualität und soziale Kontrolle*, S. 83, 87; von Anja Hören, a.a.O. (Fn. 6), S. 19, 21.

⁸⁴ Brigitte Sick, a.a.O. (Fn. 6.), S. 43, 89 ff.

⁸⁵ BGBl. I 1973, S. 1725 ff.

⁸⁶ Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 101.

⁸⁷ Thomas Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184h Rn. 3; Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 6.), § 184h Rn. 2; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 184g Rn. 6; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 184g Rn. 6; Jürgen Wolter (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 16.), § 184g Rn. 2.; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 102 f.; Karl Heinz Gössel, a.a.O. (Fn. 37.), S. 13 f.; Brigitte Sick, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff. Ein Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion einer Neufassung des § 177 StGB unter Berücksichtigung der Strafbarkeit de lege lata und empirischer Gesichtspunkte*, 1993, S. 258 f.; BGHSt 29, 338; BGH StraFo 2008, 172 f.; BGH NStZ 2009, 29; OLG

法第 184h 條第 1 款，僅由各罪的保護法益來看具有一定嚴重性（*Erheblichkeit*）的性行為，方屬刑法意義下的性行為。依此，只有達到刑法第 184h 條第 1 款所設嚴重性門檻（*Erheblichkeitsschwelle*）的性行為，才是刑法上所欲規範的性行為⁸⁸。判斷一個性行為是否達到刑法第 184h 條第 1 款的嚴重性門檻時，應考慮該行為的種類、強度、持續時間、情狀、其他附隨情狀以及參與該行為者彼此之間的關係⁸⁹。惟依刑法第 184h 條第 1 款，一個性行為是否達到嚴重性門檻，並非依普遍一致的標準來判斷，而應視各罪的保護法益分別認定之⁹⁰。當一個性行為所侵害法益的保護必要性越高，依刑法第 184h 條第 1 款為其所設立的嚴重性門檻就應越低⁹¹。

由於上述刑法第 184h 條第 1 款的規定，導致一些與性有關的身體接觸因無法達到個別構成要件中關於性行為的嚴重性門檻，而在德國司法實務上被評價為構成要件不該當。茲略舉數例如下。1. 不成立舊刑法第 177 條第 1 項第 1 款的強制性行為罪：行為人強拉 15 歲的少女且對其進行短暫的舌吻，但並未觸摸其身體的其他部位⁹²。2. 不成立刑法第 176 條第 1 項的對兒童為性行為罪：行為人從背後抱住 10 歲的女童，並親吻其臉頰⁹³。3. 不成立刑法第 176 條第 1 項的對兒童為性行為罪：行為人隔著衣服摸遍其 6 歲姪女全身⁹⁴。4. 不成立刑法第 174 條第 1 項第 3 款的對未滿 18 歲子女為性行為罪：行為人以可感知的力道，隔著衣服短暫

Oldenburg NSTZ-RR 2010, 240.

⁸⁸ Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 110.

⁸⁹ Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 112; BGHSt 29, 338; BGH NSTZ 2007, 700; BGH NSTZ-RR 2010, 6.

⁹⁰ Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 115.

⁹¹ Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 115.

⁹² OLG Brandenburg NSTZ-RR 2010, 45.

⁹³ OLG Zweibrücken NSTZ 1998, 357, m. Anm. Norber Michel, NSTZ 1998, 357 f.

⁹⁴ BGH StV 2000, 197.

地抓住其未滿 18 歲女兒的胸部⁹⁵。由此可知，在 2016 年德國性刑法修正之前，關於無法達到刑法第 184h 條第 1 款嚴重性門檻的性行為，係存在處罰漏洞。

（二）Lohfink 案與科隆事件的後續效應－2016 年第 50 次刑法修正法案

2011 年 5 月 11 日，歐洲各國在伊斯坦堡簽署了「歐洲理事會預防與抵制對婦女暴力以及家庭暴力公約」（Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt）⁹⁶。因此一公約簽署的地點在土耳其的伊斯坦堡，故又稱「伊斯坦堡公約」（Istanbul-Konvention）。依該公約第 36 條第 1 項，各簽署國有義務以刑罰手段來制裁所有非合意的性行為。⁹⁷為了落實伊斯坦堡公約，德國國內自 2015 年起即熱烈地展開有關於性刑法改革的討論。為了填補舊法中的處罰漏洞，德國聯邦司法部於 2015 年提出了一份性刑法的修正草案⁹⁸，新增對於突襲式性行為與利用他人擔心因反抗將遭受惡害而對其為性行為的處罰（修正草案第 179 條第 1 項第 2、3 款）。這份草案後來原封不動地成為德國聯邦政府於 2016 年 4 月 25 日向聯邦國會所提出的修正草案⁹⁹。

然而，上述聯邦司法部與聯邦政府所提出的修正草案，並非修法過程中唯一的改革建議。例如有主張刑法對於所有違反他人

⁹⁵ BGH NStZ 1983, 553.

⁹⁶ CETS No. 210; vgl. BT-Drucks. 17/12996, S. 2.

⁹⁷ 關於伊斯坦堡公約第 36 條，請參閱 Osman Isfen, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten. Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, ZIS 2015, S. 217, 221.

⁹⁸ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung.

⁹⁹ BT-Drucks. 18/8210.

明示或可得而知之意願的性行為皆應加以處罰，亦即所謂的「不要就是不要」(Nein heißt Nein) 原則¹⁰⁰。另有主張凡未得他人同意而與之為性行為者皆應負擔刑事責任，亦即所謂的「只有要才是要」(Nur Ja heißt Ja) 原則¹⁰¹。反之，亦有認為舊法並不存在處罰上的漏洞，且擴張性刑法將有可能導致濫用的危險，故並無對於性刑法進行改革的必要¹⁰²。

在 2016 年的上半年，兩個全德國矚目的新聞事件—*Lohfink* 案與科隆事件—不僅加速了性刑法的改革，也影響了改革的走向¹⁰³。*Lohfink* 案肇因於女模特兒 *Gina-Lisa Lohfink* 的性愛影片，影片內容係 *Lohfink* 與兩名男子的性交行為。影片曝光後，*Lohfink* 對該兩名男子提出強姦罪的告訴。不過，由於從影片中無法看出 *Lohfink* 係在被強制的狀態下為性行為，故法院判決該兩名男子不成立強姦罪，且對 *Lohfink* 依誣告罪判處罰金刑。*Lohfink* 的遭遇在社會上獲得廣泛的同情，蓋在該影片中，可清楚地聽到 *Lohfink* 數度要求該兩名男子住手，但依當時德國的性刑法，被害人單純的口頭拒絕並不足以使行為人負擔強姦罪責。因此，*Lohfink* 案可說為「不要就是不要」(Nein heißt Nein) 原則的採用提供了相當有力的論據。

另一個對於 2016 年德國性刑法改革產生重大影響的事件，即為 2015 年 12 月 31 日跨年夜在科隆中央火車站前廣場所發生的大規模性騷擾事件。當天晚上，科隆中央火車站的站前廣場上，聚

¹⁰⁰ Vgl. z.B. Tatjana Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, hrsg. vom Deutschen Institut für Menschenrechte, 1. Aufl., 2015, S. 23 f.

¹⁰¹ Vgl. z.B. Joachim Renzikowski, BT-Drucks. 18/1969, S. 12.

¹⁰² Vgl. z.B. Thomas Fischer, Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention. Entgegnung auf Hörnle, ZIS 2015, S. 312, 318 f.

¹⁰³ Elisa Hoven/Thomas Weigend, „Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen. Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe, JZ 2017, S. 182.

集了上千名來自阿拉伯與北非地區的男性難民，其以數人一組的方式包圍路過的女性，對受害女性伸出鹹豬手撫摸其胸部、臀部與下體等身體隱私部位，並洗劫其身上財物，被害女性高達數百名¹⁰⁴。姑且不論要將當晚的行為人全部逮捕歸案實有其困難，即便辦得到，恐怕也很難將所有行為人皆予以定罪，蓋當晚若干身體觸摸行為很有可能因未達到德國刑法第 184h 條第 1 款的嚴重性門檻而被認定非屬刑法上的性行為。為了在刑法上掌握此種僅具低度性意涵的行為，遂有建議刪除刑法第 184h 條第 1 款嚴重性門檻的規定¹⁰⁵，另亦有建議增訂一規範未達刑法第 184h 條第 1 款嚴重性門檻之性行為的身體性騷擾構成要件¹⁰⁶。此外，科隆事件亦突顯了集體性犯罪特有的危險性。由於在 2016 年德國性刑法改革之前，是否所有參加實施性犯罪之團體的成員皆可論以共同正犯或共犯（例如幫助犯），係存有疑問，故遂有主張應增訂一關於實施性犯罪團體成員之刑事責任的規定，以便令單純參加一實施性犯罪之團體者即應接受刑事制裁¹⁰⁷。

基於以上理由，德國聯邦國會最終所通過的性刑法修正內容，與原先聯邦政府所提的草案內容有相當的落差，而對於性自主決定權做了更完善的保護。德國聯邦國會於 2016 年 7 月 7 日通過了第 50 次刑法修正法案（50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches）¹⁰⁸，該法案的重點在於完善刑法上對性自主決

¹⁰⁴ 關於科隆大規模性騷擾事件的詳細報導，請見：Der Spiegel, Nr. 2 / 09.01.2016, S. 10 ff.

¹⁰⁵ BT-Drucks. 18/9097, S. 20 f.; BT-Drucks. 18/8626, S. 3 f.; BR-Drucks. 162/1/16, S. 5 f.

¹⁰⁶ BT-Drucks. 18/8626, S. 5 f.; BR-Drucks. 162/1/16, S. 8 ff. 此一立法建議早見於：Brigitte Sick, Die Rechtsprechung zur Sexualbeleidigung, oder: Wann sexuelle Gewalt die Frauenehre verletzt, JZ 1991, S. 330, 335.

¹⁰⁷ BT-Drucks. 18/8626, S. 6; BR-Drucks. 162/1/16, S. 11 f.

¹⁰⁸ BGBl. I 2016, S. 2460.

定權的保護，並自 2016 年 11 月 10 日起生效。依照新法，德國刑法第 177 條（原先的強制性行為罪）不再以強制手段為前提，而改採「不要就是不要」（Nein heißt Nein）原則，亦即凡違反他人可辨識的意願（gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person）而與之為性行為者，皆構成本罪¹⁰⁹。為了掌握未達到刑法第 184h 條第 1 款嚴重性門檻的身體性騷擾行為，新法亦增訂第 184i 條，將所有藉由與性有關的身體觸摸而騷擾他人的行為均納入刑法中加以處罰¹¹⁰。此外，為了更有效地防制如同科隆事件的集體性犯罪行為，立法者亦新增第 184j 條，依此只要一個團體中有成員實施第 177 條或第 184i 條的性犯罪，該團體的其餘成員皆應依本罪予以處罰¹¹¹。

二、犯罪構成要件

德國刑法第 184i 條第 1 項規定：「以與性有關的方式對他人為身體觸摸且藉此騷擾之者，倘該行為未依其他規定處以更重之刑時，處 2 年以下自由刑或罰金刑。」儘管在立法理由中以「性

¹⁰⁹ BT-Drucks. 18/9097, S. 23.

¹¹⁰ BT-Drucks. 18/9097, S. 22, 30 f.; Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 2; Elisa Hoven/Thomas Weigend, a.a.O.(Fn.103.),S. 182, 189.

¹¹¹ BT-Drucks. 18/9097, S. 32. 在立法過程中，左派黨（Die Linke）與綠黨（Die Grünen）即曾由罪責原則與明確性原則的觀點質疑刑法第 184j 條的合憲性。對此請見 BT-Drucks. 18/9097, S. 21 f. 文獻上亦有指出刑法第 184j 條的違憲疑義者，例如：Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184j Rn. 12 f.; Elisa Hoven/ Thomas Weigend, a.a.O.(Fn.103.),S. 182, 189.; Joachim Renzikowski, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht, NJW 2016, S. 3553, 3557 f.; Garonne Bezjak, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers, KJ 2016, S.557, 570. 另有學者認為，刑法第 184j 條本身並無違憲，但將其規定於刑法分則第 13 章妨害性自主罪之中，在體系上則有錯置之嫌。對此請見 Tatjana Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, NSTZ 2017, S.13, 20.

騷擾」(sexuelle Belästigung) 做為本罪的標題¹¹²，但從本罪的條文用語可以清楚地得知，本罪所處罰者僅限於身體觸摸的性騷擾。本罪的保護法益為個人的性自主決定權¹¹³。以下即分別說明本罪的主客觀構成要件要素。

(一) 客觀構成要件

1. 構成要件行為與性的低度關聯性

如前所述，德國刑法第 184i 條所欲規範者乃未達到刑法第 184h 條第 1 款嚴重性門檻的身體接觸性行為¹¹⁴。由於本罪所掌握的對象係不具刑法第 184h 條第 1 款所規定嚴重性的性行為，故本罪的構成要件行為僅具有低度的性意涵。依此，本罪所處罰者除了觸摸性器官的行為之外，亦包括依社會通念僅屬具有親密性關係者之間方得實施之觸摸其他身體部位的行為¹¹⁵。由於本罪所規範的身體觸摸行為與性之間僅具有薄弱的關聯性，因此本罪中「以與性有關的方式」(in sexuell bestimmter Weise) 之要素在解釋上遂存在相當大的空間，而很難精準地界定此一概念的範圍¹¹⁶。立法理由與文獻上所提出視系爭身體接觸依社會通念是否僅親密性伴侶之間方得為之的判斷標準¹¹⁷，可說相當地抽象與模糊。以立法理由為例，其認為親吻嘴巴、脖子或觸摸臀部屬具有低度性意涵的行為¹¹⁸，但單純地以手臂摟住他人或輕輕地親吻他人臉頰則

¹¹² BT-Drucks. 18/9097, S. 10.

¹¹³ BT-Drucks. 18/9097, S. 30 f.; Joachim Renzikowski, a.a.O. (Fn. 111.), S. 3553, 3557.

¹¹⁴ BT-Drucks. 18/9097, S. 22, 30 f.; Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 2; Elisa Hoven/Thomas Weigend, a.a.O.(Fn.103.),S. 182, 189.

¹¹⁵ BT-Drucks. 18/9097, S. 31; Tatjana Hörnle, a.a.O.(Fn.111.), S.13, 20.

¹¹⁶ Elisa Hoven/Thomas Weigend, a.a.O.(Fn.103.), S. 182, 189; Joachim Renzikowski, a.a.O. (Fn. 111.), S. 3553, 3557.

¹¹⁷ BT-Drucks. 18/9097, S. 31; Tatjana Hörnle, a.a.O.(Fn.111.), S. 13, 20.

¹¹⁸ BT-Drucks. 18/9097, S. 31. 亦請參閱 Tatjana Hörnle, a.a.O.(Fn. 115.), S.13, 20. 有學者質疑親吻脖子與性具有關聯，請見 Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 5.

不具性意涵¹¹⁹，其所持理由為何，實令人費解。至於觸摸手部是否具備本罪所要求的低度性意涵，在文獻上亦有爭議¹²⁰。無怪乎有學者直言，本罪因以規範未達刑法第 184h 條第 1 款嚴重性門檻的性接觸為宗旨，故從本質上而言，欲解決本罪構成要件的界限問題，本屬不可能之事¹²¹。此外，關於立法理由中所謂視行為人是否出於與性有關的動機來判斷系爭身體接觸是否具有性意涵的說法¹²²，學者亦因其過於恣意而予以批評¹²³，並主張應從客觀第三人的角度來判斷一個身體接觸是否與性具有關聯¹²⁴。

2. 身體觸摸

從德國刑法第 184i 條第 1 項的條文用語可知，本罪的構成要件範圍僅限於身體性騷擾，而不及於其他形式的性騷擾。因此必行為人對被害人為身體觸摸（körperliche Berührung），始有成立本罪之可能。惟有疑問者乃，應如何判斷行為人與被害人之間是否存在身體上的觸摸？依照立法理由，行為人必須以其特定身體部位去碰觸他人的特定身體部位，始符合本罪所要求的身體觸摸概念¹²⁵。此一對於身體觸摸概念相當緊縮的理解是否恰當，不無疑問。有學者即認為此一理解方式過於狹隘，而主張應將以器物或體液間接碰觸他人身體的行為亦納入本罪身體觸摸概念的範疇之內¹²⁶。如採取此一對於身體觸摸概念較為擴張的見解，將有助

¹¹⁹ BT-Drucks. 18/9097, S. 31.

¹²⁰ 持肯定見解者，如：Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 5. 持否定見解者，如：Tatjana Hörnle, a.a.O.(Fn.111.), S. 13, 20; Elisa Hoven/Thomas Weigend, a.a.O.(Fn.103.),S. 182, 189.

¹²¹ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 12.

¹²² BT-Drucks. 18/9097, S. 31.

¹²³ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 5; Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 115.), S.13, 20.

¹²⁴ Tatjana Hörnle, a.a.O.(Fn.111.), S. 13, 20; Elisa Hoven/Thomas Weigend, a.a.O.(Fn.103.),S. 182, 189; Joachim Renzikowski, a.a.O. (Fn. 111.), S. 3553, 3557.

¹²⁵ BT-Drucks. 18/9097, S. 31.

¹²⁶ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 3.

於透過本罪來掌握以精液潑灑他人的案例類型，而無須再迂迴地透過侮辱罪（德國刑法第 185 條）來處罰此種行為¹²⁷。

3. 騷擾

依德國刑法第 184i 條第 1 項，本罪對於與性有關之身體觸摸的處罰，僅限於行為人藉此騷擾他人的情形。按照立法理由，在解釋本罪的騷擾（Belästigung）要素時，應參酌前述暴露行為罪（德國刑法第 183 條）中對於騷擾要素的解釋¹²⁸。依刑法第 184i 條第 1 項的明文規定，本罪的被騷擾者僅限於其身體被行為人觸摸之人，至於第三人（例如旁觀者）則非本罪適格的行為客體。被行為人觸摸身體之人必須於行為時即察覺此一觸摸，始有被騷擾之可言¹²⁹。倘被觸摸者根本未察覺到該觸摸，或事後（例如透過觀看監視器錄影畫面）始知悉其遭他人觸摸，即不合於本罪騷擾的概念。被觸摸者必須能夠理解該觸摸行為所象徵的性意涵，始得成為本罪的被騷擾者¹³⁰。倘被觸摸者由於特定因素（例如年齡）而無法理解該身體觸摸行為的性意涵，即不生被騷擾之問題¹³¹。

唯有當身體觸摸行為係違反被觸摸者的意願時，方符合本罪的騷擾概念。因此，若被觸摸者同意行為人觸摸其身體，本罪的騷擾要素即不該當¹³²。準此，被觸摸者對於觸摸行為的同意在本

¹²⁷ 德國實務上對於此種行為論以侮辱罪（Beleidigung）者，例如：AG Lübeck BeckRS 2011, 19102.

¹²⁸ BT-Drucks. 18/9097, S. 31.

¹²⁹ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 727.

¹³⁰ Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 727.

¹³¹ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 6; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 728.

¹³² BT-Drucks. 18/9097, S. 31.

罪中乃具有阻卻構成要件之效力¹³³。此外，行為人的觸摸行為必須引起被觸摸者相當的負面情緒反應，始得謂為對之構成騷擾¹³⁴。倘被觸摸者對於該觸摸行為所產生的情緒反應係屬中性或正面的感覺，即不存在本罪所稱的騷擾。舉例而言，若行為人的觸摸行為係引起被觸摸者的興趣或使其感到愉悅，即非屬騷擾¹³⁵。至於本罪騷擾結果是否發生的認定，有主張應以被觸摸者的主觀感受為準¹³⁶，亦有主張為了避免行為人成罪與否繫諸於運氣（即被觸摸者的情緒反應），應以系爭觸摸行為在客觀上是否具有騷擾他人的適格性作為判斷標準¹³⁷。

（二）主觀構成要件

對於上述德國刑法第 184i 條第 1 項的客觀構成要件要素，包括身體觸摸行為、其與性的關聯性以及騷擾結果，本罪行為人在主觀構成要件的層次上至少必須具有間接故意¹³⁸。關於立法理由中所謂視行為人是否出於與性有關的動機來判斷系爭身體接觸是否具有性意涵的說法¹³⁹，學者有因其過於恣意而予以批評¹⁴⁰，並主張應從客觀第三人的角度來判斷一個身體接觸是否與性具有關

¹³³ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 13.

¹³⁴ BT-Drucks. 18/9097, S. 31; Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 183 Rn. 6; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Walter Perron / Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Jürgen Wolter(Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 16.), § 183 Rn. 3; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 728; *Wilfried Botke*, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 304.

¹³⁵ BT-Drucks. 18/9097, S. 31; Tatjana Hörnle, in: MK-StGB, § 183 Rn. 10; Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan /Klaus Tiedemann (Hrsg.), in: a.a.O. (Fn. 14.), § 183 Rn. 4; Klaus Laubenthal, a.a.O. (Fn. 14.), Rn. 728; *Wilfried Botke*, in: a.a.O. (Fn. 15.), S. 297, 304.

¹³⁶ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 7.

¹³⁷ Elisa Hoven/Thomas Weigend, a.a.O.(Fn.103.),S. 182, 189.

¹³⁸ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 8.

¹³⁹ BT-Drucks. 18/9097, S. 31.

¹⁴⁰ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 5; Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 115.), S.13, 20.

聯，亦即本罪行為人的主觀動機應與成罪與否無涉¹⁴¹。倘行為人因誤判情勢，而誤以為被觸摸者同意其所實施的身體觸摸行為，即屬構成要件錯誤，可阻卻故意而不成立本罪¹⁴²。

三、例示性加重事由、相對告訴乃論與競合

依德國刑法第 184i 條第 2 項第 1 句，犯同條第 1 項之罪且情節重大者，可處 3 月以上 5 年以下之自由刑。該條第 2 項第 2 句以例示性加重事由（*Regelbeispiel*）的立法模式規定，若數人共同實施同條第 1 項身體性騷擾之罪時，通常可認為係屬同條第 2 項第 1 句所謂的情節重大而應加重處罰。此外，為了尊重被害人的個人隱私領域，同條第 3 項將本罪原則上設計為告訴乃論之罪¹⁴³。惟依同條項之規定，倘檢察官基於特殊公共利益的考量而認為有職權介入的必要時，亦可例外地不待被害人告訴而依職權開啟刑事追訴程序。依此，本條第 1、2 項之罪係屬相對告訴乃論之罪（*relatives Antragsdelikt*）。

依德國刑法第 184i 條第 1 項所規定的補充性條款（*Subsidiaritätsklausel*），唯有當一個與性有關的身體接觸並未該當其他科以更重之刑的性犯罪構成要件時，本罪方有適用的空間¹⁴⁴。例如當一個身體接觸行為具備刑法第 184h 條第 1 款對性行為所要求的嚴重性，而該當較本罪科以更重之刑的其他性犯罪構成要件時，本罪即無適用之餘地，而應優先適用該其他性犯罪構成要件¹⁴⁵。透過本罪的補充性條款可以看出，本罪所欲掌握者乃性刑法中不法內涵最低的身體接觸行為。

¹⁴¹ Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 115.), S.13, 20.; Elisa Hoven/Thomas Weigend, a.a.O.(Fn.103.),S. 182, 189; Joachim Renzikowski, a.a.O. (Fn. 111.), S. 3553, 3557.

¹⁴² Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 8.

¹⁴³ BT-Drucks. 18/9097, S. 31.

¹⁴⁴ BT-Drucks. 18/9097, S. 31; Tatjana Hörnle, a.a.O. (Fn. 115.), S.13, 20.

¹⁴⁵ BT-Drucks. 18/9097, S. 31.

四、濫用危險與重刑疑慮

由於德國刑法第 184i 條所規範的身體觸摸行為與性之間僅具有薄弱的關聯性，因此本罪中「以與性有關的方式」(in sexuell bestimmter Weise) 之要素在解釋上遂存在相當大的空間，而很難精準地界定此一概念的範圍¹⁴⁶。立法理由與文獻上所提出視系爭身體接觸依社會通念是否僅限於親密性伴侶之間方得為之的判斷標準¹⁴⁷，可說相當地抽象與模糊。故有學者遂直言，本罪因以規範未達刑法第 184h 條第 1 款嚴重性門檻的性接觸為立法目的，因此從本質上而言，根本不可能解決本罪構成要件的界限問題，特別是在伴侶之間更可看出本罪被濫用的高度危險¹⁴⁸。

此外，刑法第 184i 條的法定刑亦存在相當疑慮。鑒於本罪意在規範僅具低度性意涵的身體觸摸行為，有學者乃批評本條第 1、2 項對於此種身體觸摸行為所科處的法定刑（分別為 2 年以下自由刑或罰金刑、3 月以上 5 年以下自由刑）實屬過重，並質疑本條第 2 項針對此種僅具低度不法內涵的行為訂立因情節重大而加重處罰之規定的必要性¹⁴⁹。

藉由上述的討論可知，2016 年新增訂的德國刑法第 184i 條在解釋及適用上存在諸多疑義。可以確定的是，本罪係一亟需透過解釋來加以限縮的構成要件。本罪施行至今未久，其效應如何仍難以評估。德國實務與學界如何面對身體觸摸性騷擾入罪化之後所伴隨而來的解釋困境，值得吾人持續觀察。

¹⁴⁶ Elisa Hoven/Thomas Weigend, a.a.O.(Fn. 103.),S. 182, 189; Joachim Renzikowski, a.a.O. (Fn. 111.), S. 3553, 3557.

¹⁴⁷ BT-Drucks. 18/9097, S. 31; Tatjana Hörnle, a.a.O.(Fn.111.), S. 13, 20.

¹⁴⁸ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 11 f.

¹⁴⁹ Thomas Fischer, a.a.O. (Fn. 8.), § 184i Rn. 14 f.; Joachim Renzikowski, a.a.O. (Fn. 111.), S. 3553, 3557.

肆、對於台灣法制的啟發—代結論

透過上述對於德國刑法中暴露性騷擾（第 183 條）與觸摸性騷擾（第 184i 條）構成要件的介紹，可以看到刑法關於不法內涵輕微的性騷擾行為所可能採取的規制方式以及在此種規制方式之下可能產生的問題。惟本文的論點並非外國的月亮比較圓，蓋上述二規定在德國亦飽受質疑與批評，故筆者並無意呼籲應將此二規定原封不動地引進台灣。本文毋寧希望藉由上述的介紹與討論給予台灣法制一些啟發，以做為台灣相關規定將來立法或修法的參考。但因受限於篇幅，關於對台灣相關法制的深入剖析與詳細建議，筆者將另文處理。以下本文僅略述若干藉由德國法來觀察台灣法所得到的啟發。

觀諸台灣刑法分則第 16 章妨害性自主罪，並無處罰暴露性騷擾的條文。在台灣，對於暴露狂通常都是透過刑法分則第 16-1 章妨害風化罪中的第 234 條公然猥褻罪¹⁵⁰來加以處罰。不同於德國刑法第 183 條係著眼於個人性自主決定權與內心安寧的保護¹⁵¹，台灣刑法第 234 條則以維護善良風俗為出發點，此觀諸本罪置於妨害風化罪章自明¹⁵²。因此，台灣刑法第 234 條並非專為暴露狂而設，其處罰對象尚及於基於營利目的而裸露者（例如脫衣舞者）。本罪將暴露狂與脫衣舞者此兩種性質迥然不同的行為人並列為處罰對象，造成若干適用上的問題。

首先，台灣刑法第 234 條所處罰的行為限於公然實施者，此

¹⁵⁰ 台灣刑法第 234 條規定：「意圖供人觀覽，公然為猥褻之行為者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。（第 1 項）意圖營利犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科一萬元以下罰金。（第 2 項）」

¹⁵¹ 請參閱上述貳、二、。

¹⁵² 林東茂（2003），〈猥褻的概念〉，《台灣本土法學雜誌》，42 期，頁 81。

恐將造成對於暴露行為被害人的保護不周。蓋如前所述，在私密空間內實施的暴露行為往往對於相對人來說更具威脅性，故德國刑法第 183 條並未對暴露行為的地點設有限制。¹⁵³其次，本罪並未如同德國刑法第 183 條以騷擾他人做為構成要件結果¹⁵⁴，因此未引起他人負面情緒的暴露行為或甚至應觀眾所要求的脫衣舞行為皆應依本罪加以處罰，惟此時除了以空泛的維護善良風俗做為理由之外，實在無法說明為何要對於此種行為施以刑事制裁¹⁵⁵。

台灣刑法第 91-1 條第 1 項第 1 款關於刑後強制治療的規定亦與暴露行為的性質不合。德國刑法第 183 條第 3 項給予可期待在治療後不再實施暴露行為的暴露狂降低緩刑門檻的優惠，係考量到使暴露狂接受治療遠比對其施加刑罰更有助於促使其停止暴露行為¹⁵⁶。相較於德國刑法第 183 條第 3 項治療優先於刑罰的思維，台灣刑法第 91-1 條第 1 項第 1 款則明顯採取了刑罰優先於治療的思維，此種規範方式是否反而有礙於暴露狂的矯治，不無疑問。此外，台灣刑法第 234 條將基於營利目的而為裸露行為者納入處罰範圍之內，亦使刑法第 91-1 條的規定顯得突兀。蓋因營利而裸露者並非暴露狂，本無接受治療的必要，惟其既以此為業，自有可能具有刑法第 91-1 條所稱的再犯危險，依此恐將得出可對基於營利目的而裸露者施以強制治療的荒謬結論。

綜上，對上述問題的根本解決之道在於，應在台灣刑法分別

¹⁵³ 請參閱上述貳、三、(一) 2。

¹⁵⁴ 請參閱上述貳、三、(一) 3。

¹⁵⁵ 有學者即指出，脫衣舞等色情表演行為的相對人皆為自願付費觀賞者，其之所以付費，無非為了追求藉由觀看此等表演所帶來的愉悅感覺，因此實不知在此有何法益侵害之可言。對此請見盧映潔（2003），〈「猥褻」二部曲：論公然猥褻罪—兼評台灣高等法院八十六年上易字第一一九號判決、台東地院八十七年易字第五三六號判決、板橋地院八十八年度訴字第一五五六號判決、宜蘭地院八十八年度訴字第二九〇號判決〉，《月旦法學雜誌》，102 期，頁 242。

¹⁵⁶ 請參閱上述貳、四、。

第16章妨害性自主罪增訂一專門規範暴露行為的條文，關於暴露狂的治療亦應跳脫刑法第91-1條的思維模式而另為規範。至於現行的台灣刑法第234條公然猥褻罪應考慮予以刪除或至少限縮其適用範圍，原先透過此一規定加以處罰之因營利而裸露的行為，應改依社會秩序維護法來處理。質言之，現行台灣刑法中植基於維護善良風俗思維的公然猥褻罪應朝保護個人性自主決定權的方向轉型，本文所建議增訂處罰暴露行為的犯罪構成要件亦應從保障性自主決定權的角度來加以設計。準此，暴露行為是否係公然為之，應非所問。蓋從性自主決定權被侵害者的立場觀之，區分暴露行為的實施係屬公然或非公然，並無實質的意義。況且如上所述，在私密空間內所實施的暴露行為往往對於相對人來說更具威脅，因此實無必要限定暴露行為必須公然實施方能成罪。至於德國通說與少數見解關於該國刑法第183條暴露行為罪行為人主觀意圖的爭議¹⁵⁷，本文認為從保護個人性自主決定權的角度來看，主張行為人主觀上無須具備刺激或滿足自身性慾意圖的少數見解應較為可採。蓋如同其他的性犯罪，行為人究係基於發洩性慾或其他目的（例如挑釁）而實施暴露行為，對於相對人性自主決定權的侵害並無二致。行為人是否係為了刺激或滿足自身性慾而實施暴露行為，充其量可作為判斷行為人是否必須接受治療的參考依據，但不應影響暴露行為的成罪與否。

惟應注意者乃，暴露行為所侵害者僅係他人視覺上的性自主決定權，其不法內涵尚屬輕微，故其處罰範圍應盡量予以限縮。相較於德國刑法第183條中暴露行為一語依其字面意義僅須單純裸露性器官即為已足¹⁵⁸，台灣刑法第234條所使用的猥褻概念其實更有助於限縮暴露行為的處罰範圍。申言之，透過猥褻概念的

¹⁵⁷ 請參閱上述貳、三、(二)。

¹⁵⁸ 請參閱上述貳、三、(一) 2。

採用，將更能夠與時俱進地劃定可罰暴露行為的範圍。例如可以思考的是，在當今日漸開放的台灣社會中，單純的裸體是否仍應被視為猥褻行為，抑或應有進一步與性有關聯的動作（例如自慰）方可認係猥褻行為。又如同德國刑法第 183 條暴露行為的行為人在主觀上必須追求其裸露性器官被他人察覺¹⁵⁹，台灣刑法第 234 條所謂供人觀覽的意圖亦可發揮限縮構成要件範圍的作用。此外，本文所建議新增處罰暴露行為的條文應比照德國刑法第 183 條以騷擾他人作為構成要件結果，如此方能符合保護性自主決定權的法益思維。

綜上，本文建議現行台灣刑法第 234 條公然猥褻罪應改置於刑法分則第 16 章妨害性自主罪，並將條文內容修正為：「意圖供人觀覽，為猥褻之行為，而騷擾他人者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。」因應保護法益從善良風俗轉型為個人的性自主決定權，本罪應設計為告訴乃論之罪。至於因營利而裸露的行為，由於不生騷擾他人的結果，應不再構成刑事犯罪，至多改依社會秩序維護法加以處罰。事實上，藉由前述關於德國刑法第 183 條暴露行為罪保護法益的爭議¹⁶⁰可知，在現今日益性開放的社會中，越來越難想像裸露性器官可能侵害觀看者何種值得動用刑法加以保護的利益。因此長遠來說，應逐漸放棄以刑罰手段來抗制暴露行為，而改以治療來矯正此種病態的行為。惟依台灣目前的社會現況，暫仍不宜將暴露行為全面除罪化，毋寧應先透過對於猥褻概念的解釋來限縮可罰暴露行為的範圍，俟未來社會上一般人對於暴露行為的觀念改變之後，再行思考除罪化的問題。畢竟有關暴露行為所侵害法益的討論，並非僅屬純法學理論的問題，而且尚牽涉到社會通念對於此一議題的看法。

¹⁵⁹ 請參閱上述貳、三、(一) 2。

¹⁶⁰ 請參閱上述貳、二、。

關於身體觸摸性騷擾的刑法規範，在台灣刑法分則第 16 章妨害性自主罪中亦付之闕如。惟台灣性騷擾防治法第 25 條設有一與觸摸性騷擾有關的犯罪構成要件，該條文規定：「意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。（第 1 項）前項之罪，須告訴乃論。（第 2 項）」不同於德國刑法第 184i 條身體觸摸性騷擾罪中騷擾係屬結果要素¹⁶¹，本罪的騷擾則屬意圖要素。觀諸德國學界對於以行為人主觀動機做為該國刑法第 184i 條成罪與否判斷標準的批判¹⁶²，不禁令人懷疑，本罪以性騷擾做為意圖要素是否將造成實際案例中認定上的困擾，而使本罪成罪與否繫諸於法官的恣意判斷。此外，相較於德國刑法第 184i 條未對行為手段做任何限制，本罪的構成要件行為則必須以突襲的方式來實施¹⁶³。惟實際上觸摸性騷擾未必皆以突襲的方式實施，故本罪此一對於行為手段的限制恐將造成處罰上的漏洞。

上述性騷擾防治法第 25 條乘人不及抗拒觸摸罪必須面臨的一個問題是，其與台灣刑法第 224 條強制猥褻罪在適用上應如何區別。性騷擾防治法第 25 條第 1 項所稱「親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為」，其涵蓋範圍似較刑法第 224 條所稱「猥褻之行為」更廣。原本性騷擾防治法第 25 條應可如同德國刑法第 184i 條發揮掌握性意涵較低之身體觸摸性騷擾的作用，惟性騷擾防治法第 25 條第 1 項要求行為人必須以「乘人不及抗拒」的方式對他人為身體觸摸，因此限縮了此一條文的適用空

¹⁶¹ 請參閱上述參、二、(一) 3。

¹⁶² 請參閱上述參、二、(二)。

¹⁶³ 盧映潔 (2009)，〈強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？－評最高法院九十七年度第五次決議〉，《月旦法學雜誌》，171 期，頁 226。

間。換言之，倘行為人非以突襲的方式對他人為觸摸性騷擾，將有可能形成既不適用刑法第 224 條、亦不適用性騷擾防治法第 25 條的無法可罰窘境。基此，本文建議應刪除性騷擾防治法第 25 條第 1 項「乘人不及抗拒」的要件，使此一規定可適用於以任何行為手段（當然亦包括突襲的手段）實施之低度性意涵的身體觸摸性騷擾。惟本文雖建議參酌德國刑法第 184i 條將性騷擾防治法第 25 條設計為規範低度性意涵之身體接觸的犯罪構成要件，關於德國刑法第 184i 條第 1 項「以與性有關的方式」（in sexuell bestimmter Weise）的抽象用語¹⁶⁴，本文仍認為值得商榷。相較之下，性騷擾防治法第 25 條第 1 項具體列舉了「親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為」作為構成要件行為，應較有助於避免解釋上的疑義。

此外，台灣性騷擾防治法第 25 條以性騷擾作為意圖要素，亦有值得檢討之處。首先，由於性騷擾防治法第 2 條¹⁶⁵已針對該法所稱的性騷擾加以定義，因此做為該法第 25 條意圖要素的性騷擾概念自應遵循此一定義。依此，性騷擾防治法第 25 條基本上將僅能適用於存在利益交換（同法第 2 條第 1 款）或敵意環境（同法第 2 條第 2 款）的案例類型，而有適用範圍過窄之嫌¹⁶⁶。其次，

¹⁶⁴ 請參閱上述參、二、(一) 1。

¹⁶⁵ 台灣性騷擾防治法第 2 條規定：「本法所稱性騷擾，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為，且有下列情形之一者：一、以該他人順服或拒絕該行為，作為其獲得、喪失或減損與工作、教育、訓練、服務、計畫、活動有關權益之條件。二、以展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之方式，或以歧視、侮辱之言行，或以他法，而有損害他人人格尊嚴，或造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響其工作、教育、訓練、服務、計畫、活動或正常生活之進行。」

¹⁶⁶ 有學者即謂，性騷擾防治法第 2 條的性騷擾定義僅著眼於利益交換與敵意環境的要素，此將造成發生於公共場所的性騷擾事件被排除在該法的適用範圍之外，而形成規範上的漏洞。對此請見盧映潔，同前註 163，頁 218。

性騷擾防治法第 25 條以性騷擾作為主觀意圖要素，恐將造成實際案例中認事用法上的困擾。舉例言之，倘行為人稱其係基於愛慕而觸摸被害人的身體，其對於被害人並無騷擾之意，則此時法院是否應因行為人欠缺性騷擾意圖（儘管其具有性騷擾故意）而認定其行為不成立本罪？由此即可看出此一意圖要素在實務上可能帶來的問題。職是，為了解決上述問題，本文認為應刪除性騷擾防治法第 25 條中「意圖性騷擾」的要件，並仿照德國刑法第 184i 條以騷擾他人作為本罪的構成要件結果。同時，考量到性騷擾防治法第 25 條亦屬保護性自主決定權的性犯罪構成要件，在體例上應將此一條文移入刑法分則第 16 章妨害性自主罪，如此一來亦可使其免受上述性騷擾防治法第 2 條對於性騷擾所下定義的制約。

綜上，本文建議將性騷擾防治法第 25 條改置於台灣刑法分則第 16 章妨害性自主罪，並將條文內容修正為：「對他人為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為，而騷擾之者，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。但該行為依本章其他規定應處以更重之刑時，適用該其他規定。」透過但書所規定的補充性條款，可以彰顯出本罪所欲掌握者乃妨害性自主罪章中不法內涵最低的身體接觸行為。鑒於本罪的低度不法內涵，其仍應維持為告訴乃論之罪。

性騷擾的犯罪構成要件乃性刑法中不法內涵相當輕微的案例類型，因此在相關規定的立法與解釋上必須十分謹慎。倘不當擴張性騷擾犯罪的適用範圍，將有過度干預人民私生活之虞。但另一方面，對於個人性自主決定權加以完善地保護亦屬現代性刑法的主流趨勢。如何在過與不及之間取得平衡點，乃性騷擾刑事立法必須面臨的課題。從本文對於德國相關法制的介紹與討論，可以窺知性騷擾規範在刑法上可能遭遇的困境與挑戰。他山之石，值得吾人借鏡。

參考文獻

一、中文部分

林東茂（2003）。〈猥褻的概念〉，《台灣本土法學雜誌》，42 期，頁 77-82。

盧映潔（2003）。〈「猥褻」二部曲：論公然猥褻罪 – 兼評台灣高等法院八十六年上易字第一一九號判決、台東地院八十七年易字第五三六號判決、板橋地院八十八年度訴字第一五五六號判決、宜蘭地院八十八年度訴字第二九〇號判決〉，《月旦法學雜誌》，102 期，頁 233-245。

盧映潔（2009）。〈強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？ – 評最高法院九十七年度第五次決議〉，《月旦法學雜誌》，171 期，頁 215-228。

二、德文部分

Arzt, Gunther / Weber, Ulrich / Heinrich, Bernd / Hilgendorf, Eric (2015). Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch, 3. Aufl., Bielefeld.

Baumann, Jürgen / Brauneck, Anne-Eva / Grünwald, Gerald (1968). Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil – Sexualdelikte, Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand, Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe, 1. Aufl., Tübingen.

Baurmann, Michael C. (1996). Sexualität, Gewalt und psychische Folgen. Eine Längenschnittuntersuchung bei Opfern sexueller Gewalt und sexueller Normverletzungen anhand von angezeigten Sexualkontakten, 2. Aufl., Wiesbaden.

- Benz, Werner (1982). Sexuell anstößiges Verhalten. Ein kriminologischer Beitrag zum Exhibitionismus (§ 183 StGB) und zur Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183a StGB) sowie zu deren strafrechtlicher Problematik – mit einem rechtshistorischen und einem rechtsvergleichenden Überblick, 1. Aufl., Lübeck.
- Bezjak, Garonne (2016). Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers, KJ, S. 557-571.
- Bloy, René (2005). Der strafrechtliche Schutz der psychischen Integrität, in: Arnold / Burkhard / Gropp / Heine / Koch / Lagodny / Perron / Walther (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München.
- Bottke, Wilfried (2009). Exhibitionistische Handlungen und Erregung öffentlichen Ärgernisses, in: Joerden/ Scheffle / Sinn / Wolf (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft.: Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot ,Berlin.
- Dilling, Horst / Mombour, Werner / Schmidt, Martin-H. / Schulte-Markwort, Elisabeth (Hrsg.) (2011). Internationale Klassifikation psychischer Störungen. ICD-10 Kapitel V (F). Diagnostische Kriterien für Forschung und Praxis, 5. Aufl., Bern.
- Dost, Oskar Paul (1963). Psychologie der Notzucht. Untersuchung, Verfolgung, Vorbeugung, 1. Aufl., Hamburg.
- Fischer, Thomas (2015). Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention. Entgegnung auf Hörnle, ZIS, S. 312-319.

- Fischer, Thomas (2017). Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 65. Aufl., München.
- Görgen, Thomas (2003). Rückfallgefährdung und Gewaltisiko bei exhibitionistischen Tätern. Forschungsstand und Forschungsbedarf, 1. Aufl., Hannover.
- Gössel, Karl Heinz (2005). Das neue Sexualstrafrecht. Eine systematische Darstellung für die Praxis, 1. Aufl., Berlin.
- von Hören, Anja (1987). Ungereimtheiten bei der strafrechtlichen Verfolgung des Exhibitionismus, ZRP, S. 19-22.
- Hörnle, Tatjana (2001). Strafzumessungspraxis und angemessene Strafzumessung bei exhibitionistischen Handlungen, MschrKrim, S. 212-225.
- Hörnle, Tatjana (2003). Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Nomos, Baden-Baden.
- Hörnle, Tatjana (2005). Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 1. Aufl., Frankfurt. a.M.
- Hörnle, Tatjana (2015). Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, hrsg. vom Deutschen Institut für Menschenrechte ,1. Aufl., Berlin.
- Hörnle, Tatjana (2017). Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, NSTZ, S. 13-21.
- Horstkotte, Hartmuth (1974). Kuppelei, Verführung und Exhibitionismus nach dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts, JZ, S. 84-90.

- Hoven, Elisa / Weigend, Thomas (2017). „Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen. Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe, JZ, S. 182-191.
- Isfen, Osman (2015). Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten. Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, ZIS, S. 217-233.
- Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg.) (2016). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., München.
- Kentler, Helmut / Schorsch, Eberhard (1987). Kein Strafrecht gegen exhibitionistische Handlungen, in: Jäger / Schorsch (Hrsg.), Sexualwissenschaft und Strafrecht, Enke ,Stuttgart.
- Körner, Harald Hans (1977). Sexualkriminalität im Alter, 1. Aufl., Stuttgart.
- Kühl, Kristian / Heger, Martin (2014). Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Aufl., München.
- Laubenthal, Klaus (2012). Handbuch Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 1. Aufl., Berlin.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Rissing-van Saan, Ruth / Tiedemann, Klaus (Hrsg.) (2006). Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, 12. Aufl., Berlin.
- von Liszt, Franz / Schmidt, Eberhard (1927). Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin.
- Maurach, Reinhart / Schroeder, Friedrich-Christian / Maiwald, Manfred (2009). Strafrecht. Besonderer Teil. Teilbd. 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 10. Aufl., Heidelberg.
- Michel, Norbert (1998). Anmerkung zu OLG Zweibrücken, Beschluss vom 18.04.1995 – 1 Ws 196/95, NStZ, S. 357-358.

- Müller, Heinrich Joachim (1972). Exhibitionismus im Landgerichtsbezirk Duisburg in den Jahren 1956 bis 1965 – eine kriminologische Darstellung, 1. Aufl., Bonn.
- Pietzcker, Adolf (1969). Der Exhibitionismus. Eine forensisch-psychiatrische Untersuchung, 1. Aufl., Tübingen.
- Renzikowski, Joachim. Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht. Stellungnahme in der Anhörung zu dem Antrag „Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen“, BT-Drucks. 18/1969.
- Renzikowski, Joachim (2016). Nein! – Das neue Sexualstrafrecht, NJW, S. 3553-3558.
- Roxin, Claus (2006). Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bd. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München.
- Sander, Günther M. (1996). Zur Beurteilung exhibitionistischer Handlungen, 4. Aufl., Berlin.
- Sander, Günther M. (1997). Ist eine Strafbarkeit exhibitionistischer Handlungen gerechtfertigt?, ZRP, S. 447-451.
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst (Hrsg.) (2014). Strafgesetzbuch. Kommentar, 29. Aufl., München.
- Schorsch, Eberhard (1993). Sexualkriminalität, in: Kaiser, Günther / Kerner, Hans-Jürgen / Sack, Fritz / Schellhoss, Hartmut (Hrsg.), Kleines kriminologisches Wörterbuch, Müller Juristischer, Heidelberg.
- Schorsch, Eberhard (1996). Perversion als Straftat. Dynamik und Psychotherapie, 2. Aufl., Stuttgart.

- Schünemann, Bernd (2001). Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, in: Achenbach / Bottke / Haffke / Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, de Gruyter, Berlin.
- Sick, Brigitte (1991). Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht. Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts, ZStW 103, S. 43-91.
- Sick, Brigitte (1991). Die Rechtsprechung zur Sexualbeleidigung, oder: Wann sexuelle Gewalt die Frauenehre verletzt, JZ, S. 330-335.
- Sick, Brigitte (1993). Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff. Ein Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion einer Neufassung des § 177 StGB unter Berücksichtigung der Strafbarkeit de lege lata und empirischer Gesichtspunkte, 1. Aufl., Berlin.
- Weihrauch, Matthias (1978). Zur Strafverfolgung beim Exhibitionismus vor und nach dem vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts von 1973, in: Hess / Störzer / Streng (Hrsg.), Sexualität und soziale Kontrolle. Beiträge zur Sexualkriminalologie, Heidelberg.
- Wolter, Jürgen (Hrsg.) (2007). Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., Köln.