

東海大學法律學系研究所

碩士論文

指導教授：高金桂博士

與幼年男女性交罪之探討—

以刑法第二百二十七條為中心

Exploring Fornication with Underage Boys and
Girls Based on Article 227 of Taiwan Criminal Law

研究生：鄭嘉鈴

中華民國 103 年 1 月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 鄭嘉鈴 君所提之論文：

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

伍開遠

高金桂

柯耀程

2014年 1 月 8 日

摘要

隨著資訊發達、社會價值之改變、個人性自主意識抬頭，甚至飲食習慣的改變等原因，造成現今青少年性觀念早熟開放，致少年男女初次發生性行為之年齡有下降之趨勢。

處於青春之男女基於生理之發展，對於親密接觸有較多的好奇與憧憬乃係正常現象，但若因偏差的性觀念或過度性氾濫所衍生的性病、墮胎、小爸爸小媽媽、反社會人格等問題，則除了影響青少年自身之身心健全發展外，更嚴重間接影響到社會的進步與安定。

因此，基於保護幼年男女身心之健全發展及維護其性自主權，各國多有制訂相關法規處罰與幼年男女從事性交之行為人。而聯合國大會亦於1990年通過兒童人權公約避免兒童遭受任何形式的剝削或迫害，希冀所有兒童都能健康平安的成長。本文茲以我刑法第227條為中心穿插新聞事件，探討與幼年男女性交罪之法律沿革、保護法益以及主觀構成要件、客觀構成要件、法條競和、追訴要件、量刑等法律適用上相關問題，並輔以學說與實務上之相關見解，最後提出個人淺見，希冀未來在制定相關法規或實務在審判相關案件上，能將保護幼年男女身心健全發展的目的發揮極致，進而讓社會更安定、進步。

關鍵詞：與幼年男女性交罪、幼年男女身心之健全發展、性自主權

Abstract

With information technology advancement, changes in social values, increased awareness of sexual autonomy, and even dietary changes, adolescents nowadays are not only sexually matured earlier but also more open to sex. As a result, the age of having sex for the first time has dropped over the years.

Physiologically, it is nothing abnormal for male and female adolescents to be curious or to think about sexual contacts. Nevertheless, sexually transmitted diseases, abortion, adolescent parents, anti-social personality disorders and other problems derived from biased sexual concepts or sexual promiscuity not only may directly affect the mental and physical development of adolescents but also can indirectly and severely disturb social advancement and stability.

To secure youngsters healthy mental and physical development as well as to protect their sexual autonomy, many countries have established laws and regulations against child molestation offenders. The United Nations also passed Convention on the Rights of the Child in 1990 to protect youngsters from any forms of abuse or threats so that all children can grow healthily and safely. This paper is based on Article 227 of Taiwan Criminal Law; relating pieces of news are integrated into the paper to explore the history of fornication with underage boys and girls laws, protection of legal good, key subjective as well as objective elements, competition laws, elements of prosecution, sentencing and other legal issues. For ensuring healthy mental and physical child development and maintaining social advancement and order, the author not only provides both theoretical and practical interpretations throughout the article but also conclude with personal comments. The information can be helpful

for administrative authorities in establishing relating laws and regulations or making the judgment in relevant trials.

Key Words : fornication with underage boys and girls laws , youngsters healthy mental and physical development , sexual autonomy



目次

第一章 緒論	1
第一節 研究問題背景	1
第二節 研究範圍	4
第三節 論文撰寫架構	4
第二章 本罪所保護之法益	7
第一節 法益之意涵	8
第二節 性自主決定權	10
第一項 性自主意涵	10
第二項 憲法上自由權之投射範圍	12
第三項 同意效力之評價	15
第三節 兒童少年健全成長之保護利益	19
第一項 自憲法第22條及第156條、157條加以觀察	20
第二項 國際公約	22
第一款 兒童權利公約	22
第二款 公民與政治權利國際公約與經濟社會文化權利國際公約	23
第三款 預防禁止和懲治販運人口特別是婦女和兒童行為的補充議定書	25
第三項 與兒童少年健全成長保護利益相關之國內法規	26
第一款 兒童及少年性交易防制條例	26
第二款 兒童及少年福利與權益保障法	29
第三款 性侵害犯罪防治法	31
第四款 少年事件處理法	33
第五款 人口販運防制法	35
第四節 以性剝削之觀點作為非難基礎	36
第一項 學者提出以性剝削之觀點作為本罪之非難基礎	36
第二項 大法官釋字第623號	38
第三項 兒童權利公約	39
第五節 小結	40

第三章 客觀構成要件之探討	45
第一節 行為	45
第一項 性交行為	46
第一款 性交定義	46
第二款 檢討	48
第二項 未違背被害人之意思	49
第一款 最高法院 97 年第 5 次刑事庭會議決議	50
第二款 最高法院 99 年第 7 次刑事庭會議決議	53
第三款 學者對 99 年第 7 次刑庭決議及高雄地方法 院 99 年訴字第 422 號判決所做之評論	56
第四款 小結	60
第三項 刑法第 227 條在妨害性自主罪章之區分類型	62
第二節 客體	64
第一項 未滿 16 歲之男女	64
第二項 小結	66
第三節 結語	67
第四章 主觀構成要件之探討	71
第一節 一般主觀構成要件	71
第一項 故意之概念	71
第二項 與幼年人性交罪之故意內涵	72
第一款 否定說	72
第二款 肯定說	73
第三款 小結	75
第二節 特別主觀構成要件	78
第一項 肯定說	78
第二項 否定說	80
第三項 小結	82
第三節 相關問題之探討	83
第一項 未遂	83
第二項 構成要件錯誤	84
第三項 被害者的教唆	86

第五章 本罪與他罪之關連性	89
第一節 與強制性交罪之關係	89
第二節 與乘機性交罪之關係	90
第三節 與利用權勢性交罪之關係	93
第四節 與和誘罪或略誘罪之關係	94
第五節 與通姦罪之關係	96
第六節 連續行為之處理	98
第七節 結語	104
第六章 追訴要件與法律效果	107
第一節 告訴乃論之適用範圍.....	107
第二節 本罪之阻卻或減輕刑罰事由	108
第三節 除罪化之可行性與量刑之討論.....	110
第一項 除罪化之可行性.....	110
第二項 量刑之討論.....	113
第一款法定刑之比較.....	113
第二款量刑依據與裁量結果	114
第三款司法實務之自覺	115
第三項 小結	118
第七章 結論與建議	121
第一節 結論.....	121
第一項 本罪所保護之法益兼含性自主權與 幼年人身心健全發展.....	121
第二項 客體之年齡在犯罪判斷上之作用.....	122
第三項 「意不意願」的纏繞.....	122
第四項 兩小無猜類型除罪化之疑慮.....	124
第五項 量刑差異過大影響司法公正性.....	124
第二節 建議.....	125
第一項 本罪保護客體年齡之再調整.....	125
第二項 導入過失犯之概念.....	126
第三項 兩小無猜類型現階段不宜除罪.....	126
第四項 建立量刑參考標準追求量刑正義.....	127
附錄	
刑法妨害性自主罪章法院輕判之研究分析報告	129
參考文獻	151

第一章 緒論

第一節 研究問題背景

刑法妨害性自主罪章自 1999 年修法公布實施後，舉凡強制性交罪、強制猥褻罪、乘機性交罪、與幼年男女性交罪、利用權勢性交罪、詐術性交罪等皆納入本章之規範。修法後對於性交之定義也揚棄傳統對於貞操、名節之觀念，強調個人身體自主權及性自主權之保護，且受本章保護之客體也由女性擴及男性。再者，修改強暴脅迫行為無須達到「致使不能抗拒之程度」，再加上，限縮告訴乃論罪之範圍，除了對配偶犯普通強制性交罪（第 221 條第 1 項）或未滿 18 歲者與幼年男女合意性交或猥褻（第 227 條）之情形列為告訴乃論罪外，其餘皆為非告訴乃論罪。另並調整各罪之法定刑，例如將普通強制性交罪之法定刑由原本之 5 年以上有期徒刑降為 3 年以上 10 年以下，但加重強制性交罪之法定刑則提高為 7 年以上。

然而，妨害性自主罪章修正迄今十多年以來，隨著個人性自主意識抬頭，青少年性觀念早熟開放、不良資訊之泛濫等原因，造成觸犯妨害性自主罪行為人增加，且有年齡下降之趨勢¹。然而，兒童青少年過早有性接觸或過早進入司法系統，都將可能造成成年後更容易犯罪²。有研究顯示青少年早期即發生性行為，大多有早熟傾向、來自低收入家庭、父母婚姻不睦、學校學業問題、已經有問題行為(喝酒或藥

¹ 黃富源氏於 2008 年 10 月在受法務部委託研究之『兒童少年妨害性自主之研究』一文中提及，針對全球青少年所做的性行為調查發現，臺灣少年平均 17 歲時發生第一次性行為，且初次發生性行為的年齡有逐漸降低之趨勢。法務部於 2012 年 7 月出版之『100 年少年兒童犯罪狀況及其分析』，亦指出相同問題，文中提到該年少年兒童觸犯妨害性自主罪之人數占所有犯罪類型之 7.68%，較之民國 99 年增加 25.25%。

² 黃富源氏於 2008 年 10 月在受法務部委託研究之『兒童少年妨害性自主之研究』一文中提及，美國有研究指出，60%-80%成人性犯罪自述在少年時即有性侵害犯行。

物濫用)、結交了性活躍的朋友等現象。且早期即發生性行為者，長大後也容易成為性活躍者，且越早有性行為經驗者，不進行避孕或性病預防保護措施的比率越高³。當然也有研究顯示隨著網路及媒體之發達，過早接觸性暴露之資訊，也會導致青少年越早有性的實際經驗且容易有多重性伴侶、未計畫性懷孕。

承上所言，兒童或青少年過早有性經驗，其成因可能有許多種，也確實容易導致兒童或青少年之性病、懷孕等身心問題。因此針對兒童及少年之性接觸確實需要法律給予特別保護或禁止。但是，基於生理與心理發展之關係，兒童與青少年在成為一個成熟個體之前，會進入一段青春期，該期間因為荷爾蒙的變化，身體除了會有第二性徵的出現，也會有伴隨著生理變化而產生的心理特徵，例如對於同儕或異性的看法特別在意與感到煩惱，或特別在意自己的外表。

我國刑法第 227 條規定或許便是考量到兒童與少年需要特別保護，但性的好奇與探索又是成長階段的必經路程，因此將兒童少年間彼此初嘗禁果或有其他如親吻、愛撫等親密身體舉動，一方面納入法律禁止之內，卻又同時將其列為告訴乃論之罪。其固然「用心良苦」，但，運用到實際案例中卻是---不少家長或監護人對於性別仍抱持『賺賠理論』之觀念，認為年紀相仿之未成年間男女若發生親密行為，女生是被占便宜，男生則是賺到，就連女生對男生主動或強迫做出性接觸，也是男生賺到，男生沒損失不用提告。導致事情發生後往往是男方家長本不願提告，卻在女方家長堅持提告下，也只好提告以求自保，其結果就是二位少年男女雙雙被判刑⁴。有鑑於此，本文最後亦

³ 姜元御、林烘煜、劉志如、何縉琪、許木柱合著，青少年心理學，三民書局，2011 年 8 月。

⁴ 15歲情侶分手鬧上法庭，女控男與未成人性交，男生反控自己也受侵害，法官裁示雙方互賠，因男生主動多賠8萬元。台中地區一對同為15歲的國中男女學生，從去年2月起，發展成情侶關係後，2人發生多次性行為。去年6月間，男方主動提出分手，女方不滿被拋棄，唆使4、5名青少年，

將討論到幼年男女彼此間之性交猥褻行為時是否該除罪化之問題。

再者，隨著國人及政府對於兒童青少年身心健康發展之重視，導致許多關於幼年男女遭性侵之社會案件及其判決結果備受爭議，日前二件女童遭性侵案，更是引爆全民憤怒及學界對於相關法令之探討，一是2010年2月間高雄縣男子林○○對一名6歲女童以手指性侵得逞，檢方依刑法第222條加重強制性交罪起訴求刑7年餘，法院審理時竟以目擊者當時未看到女童當時有反抗，認定色狼「未違反女童意願」而與之性交，改依刑法第227條「對未滿14歲男女為性交罪」輕判3年2月⁵；另一案⁶是2010年8月間最高法院審理男子吳○○性侵3歲女童案，一、二審都認定女童當時哭喊「不要」而重判被告，但最高法院卻認為女童證詞無法證明被告違反其意願而要求重新調查⁷。究竟實務『依法』做出的判決結果與一般社會大眾期待相去甚遠的原因何在，當中一定有值得探討之處。

在球場圍毆男生，雙方因此鬧上警局。男生指控女方傷害，女生則反控男生和年方15歲的她，發生性關係已經觸犯與未成年人性交罪。男生後來撤回傷害告訴，但女方仍堅持對男生提告，少年法庭裁定男學生訓誡，並接受假日生活輔導。後來，女方對男生及其家長求償80萬元，而男生認為自己也未成年，身心同樣受到傷害，也向女方索賠80萬元。承審法官王邁揚說：「我第一次見到男未成年者，以身心受損為由求償的案例。」他說，依法未成年的男生一樣有理由求償，本案中，男女都已經侵害對方的身體權、名譽權，也都造成對方精神損害，但因男承認，「每次性行為都是他主動，分手也是由他提出」，且女生後來因此事輟學，顯見她受到的傷害比較多，再加上男方家庭經濟較好，因此判男方及家長須賠24萬元，女方則賠16萬元。(2008.08.01奇摩網路新聞，最後瀏覽日期2010.09.01)

⁵ 參閱自由時報及聯合新聞網2010年8月25日(最後瀏覽日期2010.09.01)

⁶ 2006年3月，高雄男子吳進義(55歲)到友人住處打麻將，被害女童也被親戚帶到該處，吳主動讓座給女童親戚下場打牌，並藉口帶女童出外遊玩，將女童載回住處強脫內褲，用手指、吸管及眼鏡架性侵下體，女童疼痛哭喊：「不要！」仍被吳性侵得逞。當晚女童洗澡時，母親發現女童下體紅腫，女童說：「阿義阿公弄的。」家屬憤報案。警詢時女童透過指認娃娃指證歷歷，還證稱看到「阿公的毛毛跟鳥鳥」、「阿公鳥鳥有射出像鼻涕的東西。」吳男雖否認性侵，但未通過測謊。高雄地院、高分院都認定吳進義違反女童意願性侵，依最重可處無期徒刑的加重強制性交罪判刑，二審重判吳男七年二月，另需接受強制治療。但最高法院刑八庭認為，女童證詞無法證明被告違反其意願性侵，上月初將全案撤銷發回，要求二審重新調查被告是否適用刑責較輕、法定刑僅三至十年的「與未滿十四歲男女性交罪」。(蘋果日報2010年9月4日報導，最後瀏覽日期2010.09.11)

第二節 研究範圍

本文擬透過實事案例、相關判決舉例並參酌當初修法之背景、立法理由及國外相關法律規定、公約或判決，輔以搜集國內外相關學者文獻，探討關於本罪之保護法益、客觀構成要件及主觀構成要件之範圍及意涵，實務適用上衍生的問題，以及本罪與其他法規相競合時該如何處理等等，並於最後提出個人淺見資參酌，拋磚引玉，希冀立法者、執法者日後能保護到真正需要保護之幼年男女，而加害之行為人也獲得適當的處罰。

茲需特別說明者，為避免討論之範圍過於廣泛，模糊本欲凸顯及申論之問題點，本文遂將論述重點擺在與幼年男女性交罪之探討，以刑法第 227 條為論述中心，將犯罪行為之客體討論限於刑法第 227 條所規定未滿十六歲之「幼年人」，並將犯罪行為限於刑法第十條所規範「性交」之定義，至於與幼年男女猥褻罪因另涉及猥褻之定義以及與性騷擾防治法、社會秩序維護法等之探討，將不在本文論述之內。

第三節 論文撰寫架構

本文第一章以刑法妨害性自主罪章自民國八十八年修正並經歷社會觀念之變遷，性自主意識抬頭，青少年性觀念早熟等原因，造成兒童少年觸犯妨害性自主罪之比率有升高趨勢，並舉例近來數則以幼

年男女為被害者之社會矚目案例相關判決卻未符合社會大眾對於司法正義之期待做為本文問題背景之開端引言。最後並提出可能之研究方法，希冀將刑法第 227 條中關於與幼年男女性交罪，所有可能產生之問題與爭點一一網羅，俾日後提出適切之解決方法。

本文第二章先切入與幼年男女性交罪所保護之法益之探討，藉國際法規、國內法規及學者、實務見解等，試著釐清與幼年男女性交罪之規範價值中心、立法目的宗旨或保護之法益為何，並提出個人淺見。

本文第三章則進入法條文義探索本罪所規範之客觀要件，諸如行為主體、行為(性交定義、意願違反問題)、行為客體(年齡或身分問題)之定義與爭議點，尤其近來引發白玫瑰運動的爭議案件及實務為消弭民怨下迅速做出最高法院九十九年第七次刑庭決議後的結果，為何卻有「治絲益棼」的窘境等，都有深入之論述。

本文第四章則討論主觀要件中關於故意之認定界線何在，實務、學說之見解為何，以及舉例探討當故意內容發生瑕疵時(例如：錯誤、陷害教唆等)該如何處理。

本文第五章則專門討論本罪競合問題，例如：與強制性交罪、乘機性交罪、利用權勢性交罪、和誘罪略誘罪、通姦罪、傷害罪(刑法第 277 條、第 278、第 286 條)等之關係，以及連續行為之探討。

本文第六章則自告訴乃論之法理及學者、實務之見解，探討刑法第 227 條之 1 及 229 條之 1 之法律效果與追訴條件，並討論量刑問題及「兩小無猜」是否該除罪化。

本文末章(即第七章)，則綜合前述章節，以刑法第 227 條為中心，提出結論並及個人之淺見。



第二章 本罪所保護的法益

凡個人、團體、社會乃至於國家都有其生活利益，也都有一定基本價值存在，而必須特別以刑法處罰手段予與保護之生活利益便是法益。法益雖源自於社會倫理價值規範，然倫理道德規範之標準會因時代變遷或個人成長背景會而有所高低寬嚴不同，而藉由刑法處罰所確認給予保護之法益則往往是該時代裡最基本的價值觀，因此刑法亦可說是社會道德標準的最後一道防線。

性侵害犯罪行為我國自古以來就被認定為犯罪，至於是何種性質之犯罪，見解不一，傳統上最早認為是類似財產犯罪，女人是男人的附屬品，性侵害行為係侵害了男人財產之利益，況且可能造成性病傳播或懷孕生出非丈夫之子嗣¹，破壞了血統之純正性與財產繼承關係。後來，性侵害則列於侵害社會法益罪章中且屬告訴乃論罪，認為性侵害犯罪是侵害了社會之善良風氣，同時侵害了未婚婦女之貞操或已婚婦女之二次貞操(對丈夫之忠貞)，同時被侵害的婦女應該感到羞恥，因為被性侵害一事若被張揚，將可能因為已非處女身而嫁不出去，甚至受害者可能被標籤為係穿著或行為不檢點，專門誘惑男人性衝動的妖精，會被性侵，自己也有錯。

因此，法律特別『寬容』，列其為告訴乃論罪，讓受害者決定是否提出告訴，決定是要『家醜不外揚』，不被指指點點，或是決定將加害人繩之以法。晚近則普遍將強制性交罪界定為對個人性自主決定權與身體權之侵害²。我國刑法也於民國八十八年正式將性侵害等罪

¹ 許福生，刑法妨害性自主罪章修正之評論，刑事法雜誌，第 44 卷第 4 期

² 早期德國刑法第 13 章亦曾以侵害風俗的犯罪(Sittlichkeitsdelikte)規範有關性侵害的犯罪行為，然而在 1973 年經過第 4 次刑法修正法案(4.Gesetz zur Reform des Strafrechts) 的頒布後即確定其刑法第十三章所規範者為違反性自主決定之刑法行為。參閱林山田，性與刑法，台灣本土法學雜

抽離妨害風化罪章，單列為妨害性自主一章，且多改為非告訴乃論罪(配偶犯普通強制性交猥褻罪及未滿 18 歲之人犯與幼年男女性交猥褻罪為告訴乃論罪)。

依我現行刑法第 227 條規定行為人只要對未滿 16 歲之男女為性交或猥褻之行為即加以論罪。然而本條之規定相較同一罪章內之其他法條以觀，例如：刑法第 221 條、第 222 條及第 224 條之強制性交或強制猥褻罪，或刑法第 228 條利用權勢性交猥褻罪，刑法第 227 條所規範之要件似乎並未明顯侵害或干預被害客體之性自主意願，究竟本罪所保護之法益與個人性自主決定權有無關連？或者吾人可推測，本罪當初置於妨害性自主罪章是立法者認為本罪行為客體行使性自主同意權有瑕疵，縱得被害客體同意而與之性交或猥褻仍擬制認定對其性自主同意權有侵害³；抑或是，本罪係為了兒童與青少年之健全成長而特別設立，根本與性自主權之侵害無涉，只是倉促修法時認為與妨害風化罪章較無關，遂便宜措施將其歸類在第十六章罷了？本章茲就本罪所保護之法益為何加以探討。

第一節 法益之意涵

所謂法益，便是以法律手段而加以保護之生活利益。法益之存在，源於當時之社會倫理價值觀，先於法律規範形成前，只是後來以法律制度加以確認保護。

而刑法便是藉由處罰手段來達到保護重大法益之目的，因此，刑

誌，1999 年 6 月。

³ 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢—何謂性自主？—兼評台北地院 91 年訴字第 462 號判決，台灣法學，第 42 期，2003 年 1 月。

法規範的存在核心價值，係法益的保護。甚至，吾人謂刑法是一部『法益保護法』也不為過，因為，倘無法益保護之必要性與正當性，自無刑罰介入之需要。然而，關於法益的概念，向來有所謂法益一元論與法益二元論之說。

法益一元論者認為所有超個人之法益之本質都是與個人法益相同，只是法益持有者數目不同。個人法益是超個人法益的核心，個人法益的持有者是單一的人，超個人法益持有者則是多數人組成。因此，此說論者認為無區分個人法益與超個人法益之必要。

法益二元論又分為質相異說與量相異說。質相異說：認為超個人法益持有者並非多數個人之集合體，而是獨立的法益持有者(例如國家、社會)，其具有抽象的人格或準人格。量相異說：認為超個人法益與個人法益並非本質上有所不同，而是數量之差異。任何超個人法益都必須要能還原成個人法益，亦即超個人法益與個人法益之方向是一致而非對立。此說與一元論者之不同的是，其還是承認有個人法益與超個人法益之區分。

陳志龍氏認為超個人法益並非直接的法益，刑法是以保護個人法益為核心，再由此推論到超個人法益。換言之，只有超個人法益是為了個人之人格發展目的下，且該超個人法益是保護個人法益的可能性上之條件時，才有資格被當作超個人法益⁴。

本文以為刑法上各種保護之法益，解釋上雖皆可還原於保護個人法益之目的，但不妨承認超個人法益之存在，畢竟二者只是微觀與巨觀之差別。社會國家是由個體所組成，但個人也有賴社會國家去積極排除侵害或主動創造利益。因此承認國家社會之超個人法益存在，並

⁴ 陳志龍，法益與刑事立法，三版，國立台灣大學法學叢書(六一)，1997年。

非否認國家社會法益中與個人法益無關，而是更有助於解釋因應現今社會犯罪態樣之複雜性。例如：毒品危害防制條例中對於持有、施用、製造、販賣運輸毒品者給予刑事懲罰，便是除了保護施用者免於受毒品戕害健康外，更為嚇阻因為毒品所可能衍生之週邊犯罪，進而保護家庭、社會其他多數人之法益，否則施用毒品者自己要殘害身體，與國家社會何干？又如賭博罪，行為人欲自由處分自己之財產，將之賭輸殆盡，為何需要刑罰介入，亦是考量沉迷賭博者所可能衍生之家庭問題與週邊犯罪。

至於何種法益需透過法律規範予以保護，或何種法益需要被優先保護，無可避免地需經過立法者價值判斷。然而，現今民主國家中，立法者之立法並非完全不受限制，除了法益內涵概念本身所形成之限制外，學者亦多主張法益概念亦需受憲法基本原理之內在限制⁵。

第二節 性自主決定權

第一項 性自主意涵

「妨害性自主」，望文生義，就是向他人實施違反他人意願的性行為，其中包含二個構成要素：違反他人意願與發生性行為。其實，大多數刑法上所處罰的犯罪行為，通常不會是經過被害人所真正同

⁵ 高志明，刑法法益概念學說史初探—以德國學說為主，台北大學法學系碩士論文，2002年7月。

意，何以妨害性自主罪卻必須特別強調「違反他人意願」？因為其行為內容係「性行為」，而與性有關的行為若是在兩相情願下進行，便看不出有哪一方有損失或被傷害。反之，倘若吾人認為強制性交罪所欲保護的是「女性貞操」，那麼，縱使在兩情相願下產生的性行為，仍可能因為貞操名節遭到玷汙受有損害而成立性侵害相關罪名。因此，當性自主決定權成為強制性交罪所欲保護的法益時，「是否違反他人意願」遂成為必須特別描述之構成要件。或許，有人會認為社會價值觀的改變與性觀念的開放，性行為漸漸可被接受為與打球或看電影等娛樂或正常壓力宣洩行為無異，因此妨害性自主罪並非不可與強制罪、傷害罪等相同對待。但，或許吾人可說，正因為社會觀念開放，性自由反而更應該被格外保護，任何成年人在未違反他人意願下可以決定何時？與誰？於何地？發生何種程度之親密行為？因此只要是妨害他人對於性的自主決定權便是侵害他人之權利，否則性自由之意涵難被真正伸張，且將會有許多隱含暴力的性行為被扭曲為性自由的實現。

性自由，即個人自由決定是否與他人發生性行為、何時發生性行為以及以何種方式進行性行為。因此性行為不再侷限於傳宗接代或是對女性佔有支配的表徵，而是把所有人當成權利主體，不分男女皆是權利主體，皆可自由行使性，享受性。此時若有人把他人當成性客體，當成洩欲工具，便是妨害他人之性自由自主支配決定權。而性自主決定權所表達的核心規範是：所有人都應該嚴肅看待並絕對尊重每一個人在任何時刻所表達之有關性的自主意識⁶。

其實，任憑性觀念再如何開放，性行為⁷在人格發展上（透過身

⁶ 李聖傑，從自主權思考刑法的性行為，中原財經法學，10期，2003年6月。

⁷ 性行為的發生是個體發展的正常歷程，而青少年期由於內分泌的變化及生理的成熟，對性的好

體親密接觸產生安全感、愛與歸屬感等)或社會意義上,甚至是人類生命的延續都仍有其必要性與神聖性,無法完全被看成是稀鬆平常的一件事。況且不被容忍的性行為對受害者產生的生理及心理影響也往往超越一般傷害、搶奪罪等的影響,更也常常對於受害者產生一些不易彌平的心理創傷⁸,例如害怕不被相信、恐懼、害怕檢查身體、對被襲時所見相似事物產生強烈情緒反應、想要復仇..等,甚至可能日後成為另一名加害者。再者,性行為有其隱蔽性,一般民眾可以公開打球或看電影等,但多半不會公開討論性或進行性行為(藝術表演姑且不論)。因此基於上述種種原因,性自由終究不可能被完全地與其他自由輕鬆等同看待。

第二項 憲法上自由權之投射範圍

自我實現意謂:人若能依其所希望之自我本性與真實性(由其內心對自己了解發出的訊息)去發展,而非單純只為符合外在世界的一般要求而配合,人將會逐漸發現原始的生命性向,而自發本能地喜悅追求自己的人格開展。這樣人格的自由開展會讓人處於原始內心期待的自我需求狀態,成為自己所希望的人,而不會因外在經驗世界的形塑,而成為家庭、社會、國家標準所期待的人。在此種情況下,人最能發揮自己生命內在底層的創性,真正自我實現。因此自我實現是以自我人格的自由開展為主,而以自然人性的發展為導向,由此建構並

奇與親密需求的增強,加上想成為成人的模樣,因此對性行為發生的興趣逐漸增加。(姜元御、林烘煜、劉志如、何縉琪、許木柱,青少年心理學,三民書局,2011年8月)

⁸ 王如玄,從妨害風化到妨害性自主-刑法妨害性自主罪章之修正,兩性平等教育季刊,第14期。

實踐自己內心所吶喊並嚮往的生命。因此，自我實現，意指自我人格的「自由」開展，是對是否與如何自我開展的自我決定⁹。

然而，憲法基本權規定所保障的本質，其實便是希望國家能提供人民自由開展決定的空間，以促進人類最大自我實現之可能性。因而德國基本法之基本權目錄規定也是以「人格的自由開展」為基本權本質。德國基本法第 2 條第 1 項規定：「每個人有人格自由開展的權利，只要不侵犯他人的權利、違反合憲的秩序或違反道德法則。」類似我國憲法第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」之基本權保障之概括條款。只要涉及自我人格自由開展有關事項，原則上皆受憲法保障。有學者認為基本權利之價值體系下，一般人格權（人格自由發展權）即是人性尊嚴首要價值。再者，相較已類型化之特別自由權而言，一般人格權具有概括、承接、保護尚在孕育中之自由權之功能，以防基本權利保障發生漏洞¹⁰。換言之，所有的自由權皆是一般人格權在人性尊嚴最高價值體系下運作，而人性尊嚴與一般人格權最密切關係的部分便是「自我決定權」¹¹。

性，是人類社會必然、既存之現象，先於國家社會所存在，而性自主，是自我決定權之一環，即個人自由決定是否、與何人發生如何之性行為。性自主則包含在人格發展自由中。人格發展自由意指，人民基於自由意志可自主形成行為的自由。性自主權便是性自我決定

⁹ 許育典，基本權的本質，月旦法學教室，第 14 期，2003 年 12 月。陳盈樺，憲法性自主權之理論與實踐--我國相關法律修法論析，台灣師範大學政治學研究所，碩士論文，2010 年。

¹⁰ 許玉秀大法官在釋字第 603 號解釋之協同意見書中略引「憲法對於基本權之規定應該解釋為例示規定，其他沒有規定的基本權，可能屬於憲法第二十二條之範圍，人性尊嚴條款則是概括條款，是具有補充性質的補充法，當憲法各個基本權規定不敷使用時，可以援引人性尊嚴條款做為解釋依據」

¹¹ 李震山，人性尊嚴與人權保障，元照出版，2000 年（轉引自陳盈樺，憲法性自主權之理論與實踐--我國相關法律修法論析，台灣師範大學，政治學研究所碩士論文，2010 年

權，受憲法第 22 條「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」所保障¹²。因此，有謂性自主權，謂性方面之自由權，而性自主之自由又可分成二部分，性的精神自由(包含內部與外部)與人身自由(身體自由)，性的精神自由指任何人可自由形成意識、自由表達並可自由與他人相互溝通交換意見¹³。因此，性自主權既為憲法第 22 條所保障，則該權力之行使或保障自當需受社會秩序、公共利益或比利原則所檢視。

有謂，刑法第 304 條之強制罪也是以個人的意思決定自由為保護法益，且強制罪是規範在刑法第二十六章，該章名為『妨害自由罪』，且與強制性交罪二者間之刑度卻相去甚遠，可見刑法規範給予性自主與一般行為自由的保護程度有別¹⁴。憲法學者對此有謂：「不是所有的行為決定對於個人都具有相同的重要性，因此在概念上應該對行為自主權進一步類型化」，只有「那些對個人自我認同、人格存續與發展、維持私密生活等事項，具有重要關聯的自主決定，才需要給予憲法層次的高度保障¹⁵」。大法官釋字第 554 號針對刑法第 239 條是否有違憲之虞之解釋文中也提到：「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 22 條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障」。因此，相較於妨害自由，妨害性自主罪章所強調的性自主權有比個人自由權具更深層的社會價值(如前所述，性涉及生育、歸屬感、自我認同、人格發展、倫理規範等)。

¹² 李惠宗，憲法要義，元照，三版，2006 年 9 月，頁 341-342；陳慈陽，憲法學，作者自刊，二版，2005 年 11 月，頁 504-505。

¹³ 蕭仲廷，從「法治國刑法」觀點探討婚外性行為法律責任，東海大學法律系碩士論文，2003 年。

¹⁴ 王乃彥，加重強制性交罪之存廢的探討，法令月刊，第 59 卷，第 8 期。

¹⁵ 黃昭元，車速限制與行為自主權，月旦法學教室，第 5 期，2003 年 3 月。

又，日本憲法第 13 條「所有國民，作為個人而被尊重。國民生命、自由及追求幸福之權利，若非違反公共福祉，需於立法及其他國政上，予以最大之尊重」，具有概括性基本權性質，也相當我國憲法第 22 條。關於何種自由可受該條保障，日本論者有一般自由說、人格利益說與人格核心說三種觀點。一般自由說主張所有生活領域相關自由皆受該憲法保障；人格核心說認為居於基本權核心位置，與根源性人格核心有關權利才受保障；人格利益說者認為唯有「對個人人格存續不可或缺的利益」為保障內容之權利方受憲法保障。一般自由說之保障內容過於廣泛，易生爭議，而人格核心說之內涵又不夠明確，因此日本學界多數採人格利益說。而支持人格利益說的日本憲法論者便是將性行為自由列入其憲法第 13 條保障¹⁶。可知，性行為自由對個人人格存續是不可或缺的利益，應受憲法層級保障。

第三項 同意效力之評價

民國 88 年修法將刑法第十六章原妨害風化之章名易為妨害性自主罪的章名，另增列第十六章之一為妨害風化章，並將部分條文劃歸為妨害風化章，幾乎可以認定學者一致性的視刑法第十六章所要保護主要法益為「性自主決定權」而非性秩序¹⁷。因此關於把性自主權做為妨害性自主罪章之保護法益之認定，不僅可從外觀形式之罪章名稱推知，也可從從論理法則上推知，蓋個別罪章保護法益的認定，即是

¹⁶ 李惠宗，憲法要義，元照，三版，2006 年 9 月，頁 341-342；陳慈陽，憲法學，作者自刊，二版，2005 年 11 月，頁 504-505

¹⁷ 國內有學者雖肯認性自主之概念，但對於性自主是否可以完全脫離社會公序良俗或性致序，持保留態度。參閱甘添貴，『體系刑法各論』，第一卷，頁 262，自版，2001 年 9 月；陳子平，『從強吻案談強制猥褻罪』，台灣本土法學，第 42 期，頁 84，2003 年 1 月。

該罪章中每一個個別犯罪類型的上位概念。縱使有時個別犯罪類型除了保護該罪章主要呈現之法益外，尚會因個別犯罪行為之特性而兼含其他保護法益的存在(例如刑法第 226 條之加重結果犯或第 226 條之 1 殺害被害人或使之重傷之結合犯，兼含有生命或身體法益之維護)，但在體系解釋上均不宜脫離其上位概念。又譬如刑法第 229 條之 1 將婚姻關係存續中配偶間之強制性交行為規定為告訴乃論罪便是以性自主權作為刑法第十六章法益保護為主要思考並兼顧社會倫理性秩序之維護。因此，特定個別犯罪類型附帶保護法益之存在，並不能影響其基本罪質之歸納，尤其在基本罪質行為之構成要件要素解釋時，更不應出現與罪章之規範目的相互矛盾的解釋應用¹⁸。

承上，就現行刑法第 227 條之法益保護解釋也不應脫離現行體系規範，仍需以性自主權之保護法益為上位概念解釋。惟仔細檢視該條文過於簡化之用語，卻又易讓人混淆與妨害性自主權無涉。例如觀察刑法第 227 條與幼年男女性交或猥褻罪之條文中，未見如強制性交或猥褻罪條文規定有「違反被害人意願」之字眼，亦未如刑法第 225 條乘機性交猥褻罪中有「不能或不知抗拒」之字眼，更未如刑法第 228 條利用權勢性交猥褻罪之「利用權勢或機會」之字眼，可見立法者認定在一定年齡以下之男女，縱然外觀形式上看似未違反被害人意願，但其性自主決定權仍是被擬制有瑕疵的¹⁹，無異於不自由所做出的決定。或者，吾人更進一步可推測當初立法者認為，對未達一定年齡之被害人所為之性相關行為，都係擬制違反被害人之意願，立法者可能認為他日待被害人心智成熟時，回顧過往，若遇相同情景，必會拒絕

¹⁸ 李聖傑，妨害性自主：第一講保護法益，月旦法學教室，第 19 期，2004 年 5 月。

¹⁹ 李聖傑，從性自主權思考刑法的性行為，中原財經法學，2003 年 6 月。許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢—何謂性自主？—兼評台北地院 91 年訴字第 462 號判決，台灣本土法學，第 42 期，2003 年 1 月。林東茂，評刑法妨害性自主罪章之修正，月旦法學雜誌，第 51 期，1999 年 8 月。

或反抗他人在其年少之年齡竟對之為性行為或猥褻行為。

再者，觀之性侵害犯罪防治法第 2 條第 1 項：「本法所稱性侵害犯罪，係指觸犯刑法第 221 條至 227 條、第 228 條..」，直接將刑法第 227 條認定屬性侵害犯罪，侵害他人性自主權無疑。茲附帶一提，有學者²⁰。甚至更認為連刑法第 233 條(引誘容留媒介幼年男女與他人為性交猥褻罪)被歸類在第十六章之妨害風化內也頗不妥適，因為該罪根本與妨害風化無涉，乃是意在處罰對幼年人性剝削行為以及性自主妨礙之行為，因此該罪保護的法益也應是幼年人之性自主權或身心健全發展權利，刑法第 233 條其規範用意應係與兒童及少年性交易防制條例第 23 條相同。

附帶一提的是，有些學者依侵害性自主權的態樣或程度對於刑法第十六章作區分類型，例如：李聖傑氏²¹將刑法第十六章的犯罪行為區分為性自主權的當然侵害與擬制侵害兩大類，而性自主權的當然侵害又細分為絕對侵害(刑法第 221、222 條、224 條、224 條之一)與相對侵害(刑法第 228、229 條)，而刑法第 225 條與第 227 條係屬性自主權的擬制侵害。另盧映潔氏²²將刑法第十六章區非為四大類：(1)違反意願類型—指刑法第 221 條強制性交罪、第 222 條加重強制性交罪、第 224 條強制猥褻罪、第 224 條之一加重強制猥褻罪，此類型是典型侵害個人性自主權之情形，重點在被害人自主意願遭壓制；(2)意願不明類型—刑法第 225 條乘機性交猥褻罪，此類型是被害人處於「無法或難以擷取意願之狀態」，而此種狀態之造成並非行為人所致，行為

²⁰ 劉邦繡，性侵害犯罪防治法之性侵害犯罪新解-以 1999 年修正之刑法妨害性自主罪、妨害風化罪為論述，律師雜誌，第 267 期。

²¹ 李聖傑，妨害性自主：第三講類型闡述，月旦法學教室，第 23 期，2004 年 9 月。

²² 盧映潔，「意不意願」，很重要嗎？—評高雄地方法院九十九年訴字第四二二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議，月旦法學雜誌，第 186 期，2010 年 11 月。

人只是趁被害人處於該種狀態時趁機為性交或猥褻；(3)意願受干擾類型—刑法第 228 條利用權勢機會性交猥褻罪，此類型被害人係居於權力結構不平等的地位下，自願屈服行為人性交或猥褻的要求，因其自主選擇空間遭壓縮，仍是性自主權的干預；(4)意願無意義類型—刑法第 227 條與幼年男女性交猥褻罪，認為本條文在設計上並無行為人施用手段之要求，也未提及客體意願違反等情形，僅以年齡因素為考量，因此本條之保護法益應為「幼年人自我身心健全成長權利」，幼年人是否同意行為人性交或猥褻，其同意不具刑法評價重要性。

最後，另有張峪嘉氏²³表示有些學者²⁴在討論未成年之性自主權時，曾謂未成年未達到一定年齡前，尚未取得性自主權，該說法容易使人誤認性自主權是一種公民權，必須達到一定年齡才取得該項權利，其認為性自主權是一種廣義的自由權，屬人格權的範疇，既肯認未成年人之人格地位，又認為性自主權是為性行為權利主體之地位或資格，理當認為未成年人也有完整性自主權，認為不妨參考民法之規定，將刑法性自主權的概念區分為「性自主權權利能力」與「性自主行為能力」，前者是一般的性自主權，包括積極主張與第三人為性行為與消極拒絕與第三人為性行為之權利。性自主權既然是人格權，只要具有完整人格，皆享有為性行為權利主體的地位或資格，幼年人也不例外。然而，未滿十六歲之幼年人思慮未周，難解性的意義及對性行為欠缺控制能力，則屬後者「性自主行為能力」之範疇，欠缺性自主行為能力，無法做出有效同意性行為的意思表示。

本文以為，將民法上權利能力與行為能力之區分與認定應用在刑

²³ 張峪嘉，性犯罪的刑事立法規範—以性自主權的保障為核心，政治大學法律系碩士論文，2005 年。

²⁴ 錢明婉，貞操權之法律觀-兼論民法第一九五條之修正，國立中興大學碩士論文，1997 年。

法妨害性自主罪章上，是頗為創新之思考角度，但所謂「行為能力」，係依自己之意思活動使其行為引起一定法律上效果之能力²⁵，可否與妨害性自主罪章之「同意能力」認定相提並論，頗令人質疑。

第三節 兒童少年健全成長之保護利益

關於「健全成長權利」之具體意涵，有文獻提出社會學「自我再製系統理論」，認為青少年心理系統係一個獨立自我再製系統，需有系統循環協助，青少年心理系統才得以生存繼續自我再製，青少年自我再製心理系統過程雖是自主的，但基於系統本身卻非自足性的，故需仰賴外界環境提供必須物質資訊，所以系統對外界的環境又具有開放性的本質。因而，健全成長權利是一種能力訓練過程之保障，強調尊重青少年之意見、保障其意見表達之權利，並提供足夠之資訊使其組織及形成自我人格並予順暢的發展多元人格。而健全自主的發展所期待的不是使青少年將來成為具有普遍抽象理性的成人同一性的尋求，而是為了使青少年得到自己獨自的認同，尋求非同一性並確保其於分歧點上有多樣化發展之可能性，保障青少年健全成長權利之目的就是使他能自由的組織自我人格，能適切地將多元人格在不同時間空間表現出來。因此國家基於青少年健全成長權利之維護，有義務為其除去妨礙其成長之障礙，並提供其適合健全成長之環境，並提供協助其達成圓滿健全人格之機會²⁶。

²⁵ 李淑明，民法總則，元照出版，2006年7月。

²⁶ 陳瑞鋒，青少年受教權保障之研究--以青少年健全成長發達權為論述中心，台灣大學國家發展

我刑法第 227 條與幼年男女性交猥褻罪所保護法益，其實也涵蓋了兒童與少年健全成長之保護利益，從憲法、法律規範或國際公約或學說上皆可獲得呼應，茲說明如下。

第一項 自憲法第 22 條及第 156 條、157 條加以觀察

在現代憲法國家中，憲法的構成秩序中最重要的一部份即基本權的保障。基本權的基礎，即在於每一個人在憲政國家中，必然擁有最大可能「自我實現」的保障，也是基本權「以人為導向」的出發點。而「自我實現」意指自我人格的自由開展。人若能依其所希望的自我本性與真實性去發展，將會逐漸發現原始的生命性向，而自發本能地去喜悅追求自己的人格開展²⁷。而我憲法第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」係基本權之概括條款，亦即凡人民生活中涉及其自我實現者，皆受憲法保障。因此當人民因為基本權受侵害進而影響其自我實現時，國家有義務去保障人民實現基本權並排除第三人之侵害。德國基本法第 2 條第 1 項亦規定：「每個人有人格自由開展的權利，只要不侵犯他人的權利、不違反合憲的秩序或違反道德法則。」

承前所述，當以性自主權作為與幼年人性交罪之保護法益時，其合憲基礎源自於自由權保障之投射。因為性自主權，即個人自由決定是否、與何人發生如何之性行為。另一方面，當以保障幼年男女身心健全發展做為與幼年男女性交罪之保護法益時，更與憲法上所保障之基本權相關，是更上位之概念。畢竟幼年男女之身體尚未發育完成且

研究所碩士論文，2003。李茂生，少年犯罪的預防與矯治制度的批判——一個系統論的考察，台灣大學法學論叢，29 卷 2 期，2000 年 1 月。

²⁷ 許育典，憲法，元照出版，2011 年 9 月。

正處於人格形塑期，其成長過程中一旦身心遭受侵害或影響，將影響其自我實現，進而等同侵害其基本權之保障，因為如前所述，基本權的基礎，即在於每一個人在憲政國家中，必然擁有最大可能「自我實現」的保障，而自我實現意指自我人格的自由開展。

因此，當青少年或兒童因為他人之侵害或威脅而影響其自人格之自由開展時，國家即有義務為其排除，因為兒童或青少年是國家之幼苗，一旦人格自由開展受到扭曲或侵犯，成長後可能有人格偏差，進而又侵犯他人權利或殘害其下一代，長此以往將影響整體國民健康、危害社會秩序、減損國家競爭力。因此兒童青少年健全成長之保護利益已非個人私法益所能涵蓋，甚至與國家社會之公法益習習相關，而需要被重視。

再者，國家除了消極面應懲罰侵害或妨礙兒童及少年未來健全身心發展者外，我憲法第156條：「國家為奠定民族生存發展之基礎，應保護母性，並實施婦女、兒童福利政策」，第157條：「國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度」，更認為針對兒童及婦女，國家更應積極推展相關福利政策或衛生保健事業。畢竟兒童及青少年是國家未來的主人翁，其身心不健康，國家社會也不可能強盛安定。而婦女因多扮演生育撫育角色的，也將直接間接影響到兒童與青少年之身心發展，應同受關注與保護。

因此，我刑法第227條乃至於其他兒童、少年相關法規便是為保障兒童及少年身心健全發展之不可侵犯，杜其性觀念及性行為發展上之墮落，促進其自我實現所由設²⁸。

²⁸ 高金桂，從刑事政策論刑法妨害性自主罪之立法變革，刑事政策與犯罪論文集三，法務部犯罪研究中心編印，2000年。

第二項 國際公約

第一款 兒童權利公約 (Convention on the Rights of the Child)

兒童權利公約²⁹第 6 條第 1 項規定：簽約國承認兒童與生俱有之生存權利；第 6 條第 2 項規定：簽約國應盡最大可能確保兒童的生存與發展。兒童權利公約第 34 條（保護避免受到性剝削）規定：簽約國保證要保護兒童不受任何形態的性剝削和性迫害。因此簽約國應採取包括國內、兩國之間，或多國之間之適當措施，並防止下列事情發生：第 34 條第 1 項：「引誘或強迫兒童從事非法之性行為」；第 34 條第 2 項：「剝削並利用兒童從事賣淫或其他違法之性工作」；第 34 條第 3 項：「剝削並利用兒童從事色情表演或作為色情之題材³⁰」。

因此，從聯合國關於兒童保護所簽署公約內容可知保護兒童的生存與發展是許多國家的共識，而避免兒童受任何型態的性迫害或剝削更是被普遍嚴肅看待的一件事，因而，無庸置疑，兒童健全成長的權利可說是被世界普遍承認的基本權。畢竟兒童或青少年時期之人，因為智識發展、體型關係或經濟關係而處於社會地位中相對弱勢者，但該時期之兒童青少年又正處於可塑性最強之時期，其身體健康與價值觀非常容易因為外來之侵害或影響而受傷或變質。而我刑法第 227 條某方面禁止青少年過早發生性行為，也是避免兒童青少年因過早之性行為而衍生疾病或性觀念偏差所由設，可說是符應聯合國公約精神的具體表現。

²⁹ 該公約係由聯合國大會於 1989 年 11 月 20 日通過，並於 1990 年 9 月 2 日生效。自其 1990 年 1 月 26 日開放簽署至 1994 年 10 月止，已有 167 個國家加入，為聯合國各種有關人權保護之公約中獲得國際支持最多者。(衛生福利部網站 <http://www.mohw.gov.tw>) (最後瀏覽日 2013.11.25)

³⁰ 引自衛生福利部網站譯文 <http://www.mohw.gov.tw> (最後瀏覽日 2013.11.25)

第二款 公民與政治權利國際公約與經濟社會文化權利國際公約(簡稱兩公約)

兩公約係聯合國於 1966 年第 21 屆常會決議通過，並開放聯合國之會員國或經獲邀之其他國家簽署，我國係於 1967 年 10 月 5 日由我常駐聯合國代表團常任代表劉大使鐸代表政府簽署，惟在簽署之後，我國因受國際情勢變遷影響，始終未能完成國內批准程序。曾由劉兆玄院長在 2008 年 12 月 22 日召開行政院人權保障推動小組第 14 次委員會議中，宣示將積極推動兩公約及兩公約施行法立法工作，以使我國人權能與國際人權規範接軌。嗣兩公約及「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」(以下簡稱兩公約施行法)，業於 2009 年 3 月 31 日經立法院第 7 屆第 3 會期第 6 次會議審議通過³¹。兩公約施行法³²第 2 條更明定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律效力」。因此，兩公約雖係國際公約，經立法院審議通過後，與國內法有相同之效力。茲將其公約宗旨與條文內容約略敘述如下：

公民與政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights) 全文 53 條，其宗旨在闡明正義及和平係人類之基本權利，不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政治理念、社會階層、財富、出生背景等，所有人民在公民、政治權利方面人人平等；禁止販奴、種族集體屠殺、嚴刑拷打或任何非人道之刑罰；死刑不應行之於孕婦或 18 歲以下之少年等。³³。

³¹ 台灣人權促進會網站及立法院網站 <http://www.ly.gov.tw/>(最後瀏覽日 2013.03.20)

³² 台灣人權促進會網站及立法院網站 <http://www.ly.gov.tw/>(最後瀏覽日 2013.03.20)

(台灣人權促進會網站及立法院網站 <http://www.ly.gov.tw/>)(最後瀏覽日 2013.03.20)

³³ 台灣人權促進會網站(<http://www.tahr.org.tw/taxonomy/term/1>)、全國法規資料庫(<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0080177>) (最後瀏覽日 2013.03.20)

經濟社會文化權利國際公約(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) 全文 31 條，其宗旨在促進各國對人權及自由之重視，提升人類在政治地位及經濟、社會、文化各方面之發展；規定締約國應尊重人民之自決權、工作權以及男女平等、組織公會、罷工、免除飢餓、恐懼、教育、工作等權利，提供人民適當之勞工保護、社會安全保險、家庭福利、參與文化、科學生活等平等機會。³⁴。

兩公約中，兒童或青少年之相關權利不只與一般人無異，甚至是明文在其他方面應給予特別保護或協助。例如：**公民與政治權利國際公約**第 6 條第 5 項：「未滿 18 歲之人犯罪，不得判處死刑；懷胎婦女被判死刑，不得執行其刑」；第 10 條第 3 項：「.. 少年犯人應與成年犯人分別拘禁，且其處遇應與其年齡及法律身分相稱。」；第 14 條第 4 項：「少年之審判，應顧念被告年齡及宜使其重適社會生活，而酌定程序」；第 24 條第 1 項：「所有兒童有權享受家庭、社會及國家為其未成年身分給予之必需保護措施，不因種族、膚色、性別、語言、宗教、民族本源或社會階級、財產、或出生而受歧視。」

35

又例如**經濟社會文化權利國際公約**第 10 條第 3 項：「所有兒童及少年應有特種措施予以保護與協助，不得因出生或其他關係而受任何歧視。兒童及青年應有保障、免受經濟及社會剝削。凡僱用兒童及少年從事對其道德或健康有害、或有生命危險、或可能妨礙正常發育之工作者均應依法懲罰。國家亦應訂定年齡限制，凡出資僱用未及齡之童工，均應禁止並應依法懲罰」；第 12 條第 2 項第 1 款：「本

³⁴ 台灣人權促進會網站(<http://www.tahr.org.tw/taxonomy/term/1>)與全國法規資料庫(<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0080177>) (最後瀏覽日 2013.03.20)

³⁵ 台灣人權促進會網站(<http://www.tahr.org.tw/taxonomy/term/1>)與全國法規資料庫(<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0080177>) (最後瀏覽日 2013.03.20)

公約締約國為求充分實現此種權利所採取之步驟，應包括為達成下列目的所必要之措施：(一) 設法減低死產率及嬰兒死亡率，並促進兒童之健康發育..」

因此自兩公約之條文與宗旨中亦可窺見兒童少年之健全成長之重要性，並需要各國努力藉由相關法令之制定給予具體保護措施。

第三款 預防禁止和懲治販運人口特別是婦女和兒童行為的補充議定書〈Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children〉

由於人口販運已非單一國家內部之事務，從事跨國人口販運使得各國都可能受到不利影響，因此2000年聯合國通過，2003年生效的「打擊跨國有組織犯罪公約」(U.N. Convention Against Transnational Organized Crime)附錄二「預防禁止和懲治販運人口特別是婦女和兒童行為的補充議定書」〈Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children〉(以下簡稱議定書)第3條規定：(a) “人口販運”係指為剝削目的而通過暴力威脅或使用暴力手段，或通過其他形式的脅迫，通過誘拐、欺詐、欺騙、濫用權力或濫用脆弱境況，或通過授受酬金或利益取得對另一人有控制權的某人的同意等手段招募、運送、轉移、窩藏或接收人員。剝削應至少包括利用他人賣淫進行剝削或其他形式的性剝削、強迫勞動或服務、奴役或類似奴役的做法、勞役或切除器官；(b) 如果已使用本條(a)項所述任何手段，

則人口販運活動被害人對(a)項所述的預謀進行的剝削所表示的同意並不相干；(c)為剝削目的而招募、運送、轉移、窩藏或接收兒童，即使並不涉及本條(a)項所述任何手段，也應視為“人口販運”；(d)兒童係指任何18歲以下者。」³⁶。

因此，聯合國對人口販運犯罪係採較廣義之定義，其與是否經當事人同意，並無絕對關聯性，且該議定書也規範有關被害人的保護，以及各種預防人口販賣、國際合作的措施，顯示國際社會間除了合作打擊跨國犯罪集團有共識外，對於涉及婦女兒童之人口販運相關問題更是格外重視。畢竟，處於低社經地位之婦女或兒童青少年一旦被販賣或剝削，其身心上都不可能獲得良好之照顧與發展，更遑論人格能自由開展進而實現自我。

第三項 與兒童少年健全成長之保護利益相關之國內法規

第一款 兒童及少年性交易防制條例

兒童及少年性交易防制條例第1條規定：「為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例」。

同法第23條規定：「(1)引誘、容留、媒介、協助或以他法，使未滿十八歲之人為性交易者，處…。以詐術犯之者，亦同。(2)意圖營利而犯前項之罪者，處…。(3)媒介、收受、藏匿前二項被害人或使之隱避者，處…。(4)前項收受、藏匿行為之媒介者，亦同。(5)前四項之未遂犯罰之。」。

³⁶ 內容轉引自高玉泉、謝立功等，《我國人口販運與保護受害者法令國內法制化問題之研究》，內政部警政署刑事警察局委託研究報告，2004年11月，第8-9頁

同法第 24 條規定：「(1)以強暴、脅迫、恐嚇、監控、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之方法，使未滿十八歲之人為性交易者，處…。(2)意圖營利而犯前項之罪者，處…。(3)媒介、收受、藏匿前二項被害人或使之隱避者，處…。(4)前項收受、藏匿行為之媒介者，亦同。(5)前四項之未遂犯罰之」。

同法第 25 條：「(1)意圖使未滿十八歲之人為性交易，而買賣、質押或以他法，為他人人身之交付或收受者，處…。以詐術犯之者，亦同。(2)以強暴、脅迫、恐嚇、監控、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之方法，犯前項之罪者，加重其刑至二分之一。(3)媒介、收受、藏匿前二項被害人或使之隱避者，處…。(4)前項收受、藏匿行為之媒介者，亦同。(5)前四項之未遂犯罰之。(6)預備犯第一項、第二項之罪者，處…。」

同法第 27 條：「(1)拍攝、製造未滿十八歲之人為性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處…。(2)意圖營利犯前項之罪者，處…。(3)引誘、媒介或以他法，使未滿十八歲之人被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處…。(4)以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使未滿十八歲之人被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處…。(5)前四項之未遂犯罰之。」

同法第 28 條規定：「(1)散布、播送或販賣前條拍攝、製造之圖片、影片、影帶、光碟、電磁紀錄或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處…。(2)意圖散布、播送、販賣而持有前項物品者，處…。(3)無正當理由持有前項拍攝、製造兒童及少年之圖

片、影片、影帶、光碟、電磁紀錄或其他物品，第一次被查獲者，直轄市、縣（市）主管機關得令其接受二小時以上十小時以下之輔導教育，第二次以上被查獲者，處罰金。」

同法第 30 條亦有禁止兒童販運出境之加重處罰規定：「(1)意圖犯第二十三條至第二十五條、第二十六條第一項後段或第二十七條之罪，而移送被害人入出臺灣地區者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。(2)前項之未遂犯罰之。」

因此，我兒童及少年性交易防制條例在杜絕以未滿 18 歲之青少年或兒童為性交易規定上頗為嚴謹，不僅處罰引誘、容留、媒介、協助或詐術等方法使未滿 18 歲之人為性交易者，亦處罰意圖營利者。再者，亦處罰媒介、收受、藏匿被害人或使之隱避者，更甚者，連收受、藏匿行為之媒介者都會被處罰。

防止幼年男女被質押買賣為性交易方面更有處罰預備犯之規定。若基於相同目的將幼年男女販運出境更有加重處罰之規定。另一方面，與幼年男女性交猥褻行為相關之猥褻物品上，不僅禁止以任何方法製造、拍攝、販賣、散布或播送，更對無正當理由之單純持有者處以輔導教育或罰金。

兒童及少年性交易防制條例的各種規範皆為了防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件發生，畢竟兒童青少年過早發生性行為尚且影響其身心之發展，倘若以其為性交易之對象，無疑更混淆其價值觀，更妨礙兒童少年之健全成長。

第二款 兒童及少年福利與權益保障法(2012年8月8日修正)

兒童及少年福利與權益保障法第1條規定：「為促進兒童及少年身心健全發展，保障其權益，增進其福利，特制定本法。」；同法第49條規定，任何人對於兒童及少年不得有下列行為：

- 一、遺棄。
- 二、身心虐待。
- 三、利用兒童及少年從事有害健康等危害性活動或欺騙之行為。
- 四、利用身心障礙或特殊形體兒童及少年供人參觀。
- 五、利用兒童及少年行乞。
- 六、剝奪或妨礙兒童及少年接受國民教育之機會。
- 七、強迫兒童及少年婚嫁。
- 八、拐騙、綁架、買賣、質押兒童及少年。
- 九、強迫、引誘、容留或媒介兒童及少年為猥褻行為或性交。
- 十、供應兒童及少年刀械、槍砲、彈藥或其他危險物品。
- 十一、利用兒童及少年拍攝或錄製暴力、血腥、色情、猥褻或其他有害兒童及少年身心健康之出版品、圖畫、錄影節目帶、影片、光碟、磁片、電子訊號、遊戲軟體、網際網路內容或其他物品。
- 十二、對兒童及少年散布或播送有害其身心發展之出版品、圖畫、錄影節目帶、影片、光碟、電子訊號、遊戲軟體或其他物品。
- 十三、應列為限制級物品，違反依第四十四條第二項所定辦法中有關陳列方式之規定而使兒童及少年得以觀看或取得。
- 十四、於網際網路散布或播送有害兒童及少年身心健康之內容，未採取明確可行之防護措施，或未配合網際網路平臺提供者之防護機制，使兒童或少年得以接取或瀏覽。

- 十五、 帶領或誘使兒童及少年進入有礙其身心健康之場所。
- 十六、 強迫、引誘、容留或媒介兒童及少年為自殺行為。
- 十七、 其他對兒童及少年或利用兒童及少年犯罪或為不正當之行為

同法第 43 條第 1 項規定，兒童及少年不得為下列行為：

- 一、吸菸、飲酒、嚼檳榔。
- 二、施用毒品、非法施用管制藥品或其他有害身心健康之物質。
- 三、觀看、閱覽、收聽或使用有害其身心健康之暴力、血腥、色情、猥褻、賭博之出版品、圖畫、錄影節目帶、影片、光碟、磁片、電子訊號、遊戲軟體、網際網路內容或其他物品。
- 四、在道路上競駛、競技或以蛇行等危險方式駕車或參與其行為。

第 3 項規定：任何人均不得供應第一項之物質、物品予兒童及少年。

其實不僅僅是上述二個條文與兒童及少年身心之保護相關，整部兒童及少年福利與權益保障法之規定不僅消極禁止成年人或相關單位場所為可能有害兒童及青少年身心健全發展之行為，更積極規範各相關單位對於兒童及少年應有特殊保護措施，例如托育、醫療照護、就學、等，以促進兒童及青少年身心健全發展。兒童及青少年身心健全發展之保障是多面向的，但基於刑法之謙抑性，我刑法第227條等僅著重在防止幼年男女因性行為而身心遭受侵害。

第三款 性侵害犯罪防治法

性侵害犯罪防治法第 1 條規定：為防治性侵害犯罪及被害人權益，特制定本法。

同法第 2 條第 1 項規定：「本法所稱性侵害犯罪，係指觸犯刑法第 221 條至 227 條、第 228 條、第 229 條、第 332 條第 2 項第 2 款、第 334 條第 2 款、第 348 條第 2 項第 1 款及其特別法之罪。…」。

因此，本文所討論之刑法第 227 條係性侵害犯罪防治法規定所涵蓋。

同法第 7 條第 1 項：各級中小學每學年應至少有四小時以上之性侵害防治教育課程。

同法第 12 條規定：因職務或業務知悉或持有性侵害被害人姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別其身分之資料者，除法律另有規定外，應予保密。

同法第 13 條第 1 項規定略為：宣傳品、出版品、廣播、電視、網際網路內容或其他媒體，不得報導或記載被害人姓名或其他足資辨別被害人身分之資訊。但經有行為能力之被害人同意或犯罪偵查機關依法認為有必要者，不在此限。

第 15 條第 3 項：被害人為兒童或少年時，除顯無必要者外，直轄市、縣（市）主管機關應指派社工人員於偵查或審判中陪同在場，並得陳述意見。

第 16 條第 1 項前段：對被害人之訊問或詰問，得依聲請或依職權在法庭外為之，或利用聲音、影像傳送之科技設備或其他適當隔離措施，將被害人與被告或法官隔離。

第 20 條第 1 項約略為：加害人有假釋、緩刑、免刑、赦免、緩

起訴處分、停止強制治療等情形，經評估認有施以治療、輔導之必要者，主管機關應命其接受身心治療或輔導教育。

第 20 條第 2 項規定：對於有觸犯第 2 條第 1 項行為，經依少年事件處理法裁定保護處分確定而法院認有必要者，得準用之。因此，對於犯罪時未滿 18 歲之加害人仍可命其接受身心治療或輔導教育。

第 23 條規定第 2 項規定略為：犯刑法第 224 條、第 225 條第 2 項、第 228 條之罪，或曾犯刑法第 227 條之罪再犯同條之罪之加害人，有第 20 條第 1 項各款情形之一者，應定期向警察機關辦理身分、就學、工作、車籍及其異動等資料之登記及報到。但第 3 項另規定行為人犯罪時未滿 18 歲者，不適用之。

第 23-1 條規定略為：對於經評估認為應接受身心治療或輔導教育者卻逃亡或藏匿經通緝者，該管警察機關得將其身分資訊登載於報紙或以其他方法公告之。同條第 2 項則規定犯罪時未滿十八歲者，不適用之。

因此，為迅速處理性侵案件防止傷害擴大並保權證據，本法規定各縣市政府應設立性侵害防治中心辦理相關事件(第 6 條)，並規範社工人員、教育人員、保育人員、警察人員等人員於執行職務時知有疑似性侵害犯罪情事者，應立即向當地主管機關通報，且至遲不得逾 24 小時(第 8 條)。再者，並設置一些心智障礙或身心創傷被害人審判保護措施(第 16 條~第 18 條)，避免被害人在一連串的追訴審理下遭受二度傷害。況且，對於加害人之處遇，除一般刑事處罰與監管外，尚有身心治療與輔導教育課程，降低加害人之再犯率並協助復歸社會。同時，為了降低幼年人被害機會與減少潛在加害人之存在，也規範各級中小學每學年應至少有四小時以上之性侵害防治教育課程(第

7 條)。

另外，當加害者若犯罪時係未滿 18 歲之人時，也有相較於成年人犯罪較寬容之措施，例如上述本法第 23 條第 3 項與第 23 條之 1 之規定。此乃考量未滿 18 歲之人本思慮較欠周、自制力薄弱且又處於對性充滿好奇之時期，縱鑄下大錯亦不宜過度給予標籤化。

因此本法中有不少規定係基於保護幼年男女身心健全發展所設，甚至當加害人行為時是未滿 18 歲之人而受到相對於成年人較為寬容之處遇亦是抱持同樣的立場所設。畢竟未滿 18 歲之人身心發展尚未成熟，若任其受與成年人同樣之處罰與監督，是不教而殺之。

第四款 少年事件處理法

為了保護兒童少年之身心自由開展權，避免兒童少年走上歧途，人格無法獲得正常發展，於兒童少年自身觸犯刑事法規或有虞犯時，除一般刑罰外並輔予特殊輔導教育或訴訟程序，避免兒童少年被標籤化，因而制定少年事件處理法。故該法第 1 條規定開宗明義：「為保障少年健全之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格，特制定本法」。

其實，整部少年事件處理法之制訂其實就是保障兒童少年身心健全自由發展之具體化呈現，縱使該法所保護的兒童少年可能是加害者或有偏差行為者，但畢竟，不教而殺，謂之虐，國家社會多願意讓兒童少年有改過之機會，而不令其受有與成年人相同之處遇。本文僅舉例相關法條略述如下：

第 31-2 條：輔佐人除保障少年於程序上之權利外，應協助少年

法院促成少年之健全成長。

第 35 條：審理應以和藹懇切之態度行之。法官參酌事件之性質與少年之身心、環境狀態，得不於法庭內進行審理。

第 74 條：法院審理第 27 條之少年刑事案件，對於少年犯最重本刑 10 年以下有期徒刑之罪，如顯可憫恕，認為依刑法第 59 條規定減輕其刑仍嫌過重，且以受保護處分為適當者，得免除其刑，諭知第 42 條第 1 項第 2 款至第 4 款之保護處分，並得同時諭知同條第 2 項各款之處分。（相較於我刑法第 61 條係規定最重本刑 3 年以下，依刑法第 59 條規定減輕其刑仍嫌過重，方得免除其刑）

第 78 條：對於少年不得宣告褫奪公權及強制工作。

第 79 條：刑法第七十四條緩刑之規定，於少年犯罪受三年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告者適用之。（我刑法第 74 條係規定受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，方得以宣告緩刑）

第 81 條第 1 項：少年受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾七年後，有期徒刑逾執行期三分之一後，得予假釋。（我刑法第 77 條規定無期徒刑逾 25 年，有期徒刑逾二分之一，累犯逾三分之二，得許假釋）

第 83 條第 1 項：任何人不得於媒體、資訊或以其他公示方式揭示有關少年保護事件或少年刑事案件之記事或照片，使閱者由該項資料足以知悉其人為該保護事件受調查、審理之少年或該刑事案件之被告。

第 83-1 條第 2 項：少年法院於前項情形應通知保存少年前科紀錄及有關資料之機關，將少年之前科紀錄及有關資料予以塗銷。

第 85 條第 1 項：成年人教唆、幫助或利用未滿十八歲之人犯罪

或與之共同實施犯罪者，依其所犯之罪，加重其刑至二分之一。

第五款 人口販運防制法

我國為符應世界潮流，打擊跨國犯罪集團等不法組織，亦於 2009 年 1 月制定公布人口販運防制法，其中針對人口販運之定義，第 2 條第 1 項第 1 款規定為：「指意圖使人從事性交易、勞動與報酬顯不相當之工作或摘取他人器官，而以強暴、脅迫、恐嚇、拘禁、監控、藥劑、催眠術、詐術、故意隱瞞重要資訊、不當債務約束、扣留重要文件、利用他人不能、不知或難以求助之處境，或其他違反本人意願之方法，從事招募、買賣、質押、運送、交付、收受、藏匿、隱避、媒介、容留國內外人口，或以前述方法使之從事性交易、勞動與報酬顯不相當之工作或摘取其器官。」；第 2 款規定：「指意圖使未滿十八歲之人從事性交易、勞動與報酬顯不相當之工作或摘取其器官，而招募、買賣、質押、運送、交付、收受、藏匿、隱避、媒介、容留未滿十八歲之人，或使未滿十八歲之人從事性交易、勞動與報酬顯不相當之工作或摘取其器官。」其立法理由中並明白表示：參考行政院 2006 年 11 月 8 日函頒「行政院防制人口販運行動計畫」，及聯合國 2000 年打擊跨國組織犯罪公約關於預防、禁止和懲治販運人口特別是婦女和兒童行為補充議定書，於第一款訂定人口販運之定義。

附帶一提，我兒童及少年性交易防制條例第 30 條亦有類似規定：「(1)意圖犯第二十三條至第二十五條、第二十六條第一項後段或第二十七條之罪，而移送被害人入出臺灣地區者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。(2)前項之未遂犯罰之。」亦是為了防止

將基於性交易之目的而將兒童及少年移出境，侵害兒童少年身心健全發展之權益。

由此可知，我國針對青少年或兒童之保護已非僅止於憲法層次之解釋，而是更具體落實於刑法、附屬刑法及行政法等各種法律規範。因此有學者³⁷認為刑法第 227 條之**主要保護法益**應認為是兒童與青少年健全成長之權利，畢竟由醫學角度亦可知過早有性行為容易提高罹患婦科癌症風險、性病增加、不孕率提高或墮胎率增加。亦有研究指出由於未有避孕措施且心智尚未成熟，未成年少女容易懷孕卻選擇墮胎，造成生心理都有不良影響，況且未成年人少女懷孕有較高生產併發症的機率，母體與胎兒的死亡率與罹病率遠高於 20 歲以上之產婦，心理壓力衍生的相關心理適應障礙也比年長婦女多³⁸。另有研究指出，未成年人發生第一次性行為時間過早，較容易產生偏差行為³⁹。因此對於幼年男女過早發生性行為之防範或保護已非僅僅係因其同意權可能存有瑕疵，而是對於其身心發育存有不良影響。

第四節 以性剝削之觀點作為非難基礎

第一項 學者提出以性剝削之觀點作為本罪之非難基礎

³⁷ 盧映潔，兩小無猜是原罪？--刑法第二二七條之與幼年人性交猥褻罪及相關條文的修正研議，月旦法學雜誌，152 期，2008 年 1 月，頁 218-224。

³⁸ 高淑真、黃以文，「從網路性問題分析青少年性教育需求-他們究竟想知道什麼？」中華輔導學報第十六期。

³⁹ 鄭瑞隆，從娼少女家庭暴力經驗與防止少女從娼策略之研究，台灣社會問題研究學術研討會，2006 年。

持本說論者認為在兒童及青少年身心成長尚未成熟成為一獨立個體前，對性活動並未有足夠之正確認知前，他人以優勢地位來促使兒童或青少年從事性相關活動，藉以得到性滿足或謀取利益皆謂之性剝削。換言之，任何人利用兒童及青少年提供性活動，滿足其性慾或經濟利益，不論有無代價或自願與否，都是性剝削，其加害者都有處罰之必要⁴⁰，因為研究者認為未成人之所以「選擇」從事性交易，其實是來自對環境系統的不適應，縱使自稱自願，但屬「虛假意識」，不可能基於真正的自主而做出決定，這是所謂的「結構性被迫自願」⁴¹。因此兒童及少年性交易防制條例第1條規定：「為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例」。

亦有論者⁴²認為應更詳細區分對青少年之性剝削與對兒童之性剝削。對於青少年之性剝削而具刑法可罰性係指對於青少年工具化的經常且長期的性相關活動之利用情形，倘屬非性剝削型式下之性相關行為則無刑罰之必要，畢竟隨著社會變遷，青少年發育早熟，在對性充滿好奇與勇於探索下，未滿16歲少男少女間發生性行為時有所聞。而我刑法第227條之一「兩小無猜」條款雖針對18歲以下之行為人可減免其刑責，但充其量只是個人阻卻刑罰事由，依刑法第227條規定仍是犯罪，且實務上常造成雙方互為被告與受害者之困擾。

對於兒童之性剝削則係基於兒童生心理之發展尚未成熟且兒童容易將所有接受到的事物混入認知中成為心靈印記，因而若有成年人對兒童從事性相關行為，可能引發兒童的感受困惑，可能產生否認事

⁴⁰ 謝采倩，兒童及少年性交易防制條例之研究—以雛妓問題法概念之相關議題為中心，中正大學法律研究所碩士論文，1998年，頁121-124

⁴¹ 許雅惠，漸趨模糊的界線：不幸少女身分建構與新型態色情交易對兒少性交易防制工作的挑戰，社會政策與社會工作學刊第六卷第二期。

⁴² 盧映潔，兩小無猜是原罪？—刑法第二二七條之與幼年人性交猥褻罪及相關條文的修正研議，月旦法學雜誌，152期，2008年1月，頁218-224。

實並妄想將人物化或性化等自我概念混亂或對於所發生的事感到憂慮但卻又對自己當時也有愉悅或被需求的感覺而感到迷惑，從而可能反而認同侵害者之價值觀，不利兒童階段的心理常態發展，而有揮之不去的陰影⁴³。

附帶說明，許玉秀氏贊成性剝削之說法，但認為其上位概念仍是對性自主權的侵害，甚至認為將幼年人自我身心健全成長權利找來當成刑法第 227 條之保護法益，都是沒有必要。其認為性自主權是獨立的基本權，和所有基本權一樣是一種防禦權(Abwehrecht)，不是有自主能力的人才能享有，不管自主能力是否成熟，都享有此基本權，因此睡著的人、行動不便的人、沒有知覺的人，都可能淪為性發洩的客體，如果未滿 14 歲之人，只因性的自我決定能力比較不成熟，就沒有性自主權利，那麼刑法上就不會有乘機妨害性自主罪或利用權勢妨害性自主罪之處罰，沒有自主能力，性自主就沒有受到傷害是一種盲點。至於兩小無猜類型的性交行為，其認為是一種過失犯類型，雖然性交行為是故意，但侵害性自主本身是過失，才会有特別減輕之理由⁴⁴。

第二項 大法官釋字第 623 號解釋理由書

2007 年大法官對關於兒童及少年性交易防制條例第 29 條是否有抵觸憲法第 11 及第 12 條之虞，做出第 623 號解釋，解釋文謂：「憲

⁴³ 內容轉引自高玉泉、謝立功等，《我國人口販運與保護受害者法令國內法制化問題之研究》，內政部警政署刑事警察局委託研究報告，2004 年 11 月，第 8-9 頁

⁴⁴ 許玉秀，重新學習性自主-勇敢面對問題，月旦法學雜誌，2012 年 1 月。

法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。…促使人為性交易之訊息，固為商業言論之一種，惟係促使非法交易活動，因此立法者基於維護公益之必要，自可對之為合理之限制。…上開規定乃為達成防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件之國家重大公益目的，所採取之合理與必要手段…」。解釋理由書中更提及：「…兒童及少年之心智發展未臻成熟，與其為性交易行為，係對兒童及少年之性剝削。性剝削之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權（聯合國於西元 1989 年 11 月 20 日通過、1990 年 9 月 2 日生效之兒童權利公約第 19 條及第 34 條參照），為重大公益，國家應有採取適當管制措施之義務，以保護兒童及少年之身心健康與健全成長。兒童及少年性交易防制條例第一條規定：『為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例』，目的洵屬正當」。

第三項 兒童權利公約

兒童權利公約第 19 條第 1 項規定：簽約國應採取一切立法、行政、社會與教育措施防止兒童在其父母、法定監護人或其他照顧兒童之人照顧時遭受身心脅迫、傷害或虐待、遺棄或疏忽之對待以及包括性強暴的不當待遇或剝削；同條第 2 項規定：「該等保護措施，依其情節應包括提供兒童與照顧兒童之人所需要的各種社會計畫，其他形

態的有效防患措施，與上述對待兒童與不當的事件的發現、報告、參酌、調查、處理與追蹤措施。依其情節應包括有關司法訴訟的有效協助⁴⁵」。

兒童權利公約第 34 條⁴⁶則規定：「簽約國保證要保護兒童不受任何形態的性剝削和性迫害。因此簽約國應採取包括國內、兩國之間，或多國之間之適當措施，防止下列事情發生：(1)引誘或強迫兒童從事非法之性行為；(2)剝削並利用兒童從事賣淫或其他違法之性工作；(3)剝削並利用兒童從事色情表演或作為色情之題材⁴⁷」。

因此，兒童權利公約之訂立亦在防制、杜絕兒童被任何國家、任何人，以任何型式而對其身心為剝削或迫害。

第五節 小結

約翰·彌爾(John Stuart Mill)認為一個人的行為自由並非必須受到絕對保護，當然也不是可以毫無條件的逕行限制。原則上只有基於防止個人危害他人時，才有理由干涉其行動自由，而不能僅因為他人對某個行為的觀感是正面的或負面的，便強行要求個人做或不做某個行為。不過這個概念並不適用於未成年人，因為他們尚未成熟，因此我們必須保護他們不受外來的傷害，同時也要保護他們不受自身行為的傷害⁴⁸。而未成年人之身心發展進程固然有個別上之差異，但仍有一定的階段性且有不可逆之特徵，因而有必要在以成年人為性侵害

⁴⁵ 轉引自衛生福利部社會及家庭署網站譯文 <http://www.sfaa.gov.tw> (最後瀏覽日 2013.11.25)

⁴⁶ 轉引自衛生福利部社會及家庭署網站譯文 <http://www.sfaa.gov.tw> (最後瀏覽日 2013.11.25)

⁴⁷ 轉引自衛生福利部社會及家庭署網站譯文 <http://www.sfaa.gov.tw> (最後瀏覽日 2013.11.25)

⁴⁸ 約翰·彌爾(John Stuart Mill)著，郭志嵩譯，『論自由(On Liberty)』，臉譜出版社，2004年。

客體規範外特別就被害客體為未成人之部分加以處理。

有研究者認為從我刑法第 227 條之設計上，並未提及任何客體之意願，且縱行為人係以和平之手段所為，只要被害客體係未滿 16 歲之人，即可能成立本罪以觀，本罪所保護者仍僅是未成人之身心發展利益，而非關性自主權之侵害；亦即，我們不能一方面認為未成年說「要」是無效的，因為他不成熟、沒有足夠能力可以自己做決定，但另一方面卻又認為未成年人說「不要」是有效的。所謂「意願的展現」，解釋上當然不限於「同意」，也應該包含「不同意」。同理，刑法第 227 條規定剝奪未成人之性自主決定權，另一方面於刑法第 222 條第 1 項第 2 款又對其性自主決定權加以保護，其立場上是衝突矛盾的。因此立法者當初所抱持之觀點應該是只要對未成年為性交、猥褻行為，便干擾了未成人之身心理發展，而必須加以處罰，至於對未成人施以強制手段者對未成人之傷害將更為嚴重與深遠，因此有加重處罰之必要，並非基於未成人之性自主權遭受侵害而加重處罰，而是從強制手段對於未成人身心發展帶來更強烈的負面效應所得出之結論⁴⁹。

因此，不少學者⁵⁰及實務皆肯認刑法第 227 條之保護法益含有「幼年人的自我身心健全成長權利」之維護。蓋幼年人之身心未臻成熟，常無法做出保護自己之正確判斷，且在其身心發展階段中，尚未有完整之自我及個體價值觀建立，對於任何事物或訊息多屬於單向是吸收。即便是幼年人感興趣的事物，若是屬於會影響其身心健康或會造

⁴⁹ 邱靖貽，刑法之性管制—以兒童及少年之相關規範為論述中心，台灣大學碩士論文，2006 年。

⁵⁰ 盧映潔，「意不意願」，很重要嗎？—評高雄地方法院九十九年訴字第四二二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議，月旦法學雜誌，第 186 期，2010 年 11 月。陳志龍，酒不罪人，人自罪-妨害性自主之探討，月旦法學雜誌第 75 期，2001 年 8 月。高金桂，連續對幼人性交之論罪，月旦法學教室，第 83 期，2009 年 9 月。邱靖貽，刑法之性管制—以兒童及少年之相關規範為論述中心，台灣大學碩士論文，2006 年。

成心靈深刻烙印之不適切事物，國家都有義務將其排除。

性認知與性行為雖是人格發展之一部分，然幼年人對於性活動與意涵並未足夠認知且生理發展階段尚不適合性交、猥褻之進行，此時若有人對於幼年人進行性方面的相關舉動，皆屬對幼年人身心健全成長權利之侵害，幼年人對該事物的接納同意就會被認為無重要意義而沒有法律上評價之必要。因此，有學者⁵¹甚至認為將刑法第 227 條之保護法益正本清源認為並非性自主權之保護而是「幼年人的自我身心健權成長權利」可以解決現實社會中司法官因為判定行為人是否違反幼年人意願而為性交猥褻，動輒被輿論冠上恐龍法官的窘境。亦即，客觀上只要行為人有對未滿 16 歲之人為性交或猥褻行為，主觀上對客體的年齡有所認識而仍決意對之為性交或猥褻行為，便可成立 227 條之罪。

誠如李聖傑氏所言，個別罪章保護法益的認定，在立法技術上，是該罪章每一個個別犯罪類型之上位概念，僅管有時個別犯罪類型除了保護該罪章所要保護之法益外，也因個別犯罪行為之特性而兼有保護其他法益的可能(例如刑法第 226 條之 1 妨害性自主而殺害或使被害人重傷，同時兼顧性自主權與生命身體法益之維護；又例如刑法第 229 條之一將配偶間強制性交行為規定為告訴乃論，是兼顧性自主權與民法規定夫妻互負同居義務之社會倫理的性秩序維護)，但在體系定位闡明上，都不應脫離其上位概念。換句話說，特定個別犯罪類型附帶保護法益的存在並不能影響基本罪質之歸納，尤其在基本罪質行為之構成要件要素解釋時，更不應出現與罪章規範目的相與矛盾之解

⁵¹ 盧映潔，「意不意願」，很重要嗎？，一評高雄地方法院九十九年訴字第四二二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議，月旦法學雜誌，第 186 期，2010 年 11 月。

釋與應用⁵²。

因此，筆者以為，關於我刑法第 227 條保護法益之解釋，也不應脫離其位於刑法第十六章規範所保護法益之上位概念，而應認為該罪所保護之法益實兼含二種法益：個人法益(性自主決定權之保護)與社會法益(幼年人之性道德與性成熟的自然成長環境之保護)，即兒童與少年之保護利益。其理由有二：(一)現行法條本條置於妨害性自主罪章中，而非妨害風化罪章中，亦非傷害罪章中，所保護之法益若完全排除所謂「性自主決定權」，就現行體系論以觀，似有未妥。再者，自最高法院 99 年第 7 次刑庭決議理由以觀，亦肯認本罪有將行為人之行為是否違反幼年男女之性自主決定權納入考量⁵³，並非認為本罪一概與性自主決定權無涉；(二)刑法第 227 條所保護之客體為未滿 16 歲之人，至於行為人之手段要件隻字未提，因此，縱行為人得被害客體同意而為性交猥褻罪，仍可依本法論處⁵⁴。足見本條考量到一定年齡下的幼年人身心發展尚未成熟或認知不足，過早的性行為將影響其未來之身心人格發展，因此縱得其同意仍可能觸法，冀對行為人產生嚇阻效果。同理，刑法第 222 條第 1 項第 2 款將對未滿 14 歲幼年人犯強制性交罪之行為人加重處罰，亦是經由加重構成要件彰顯對於幼年人保護層級提升，係具對應關係之立法設計。

故本文以為，本罪之保護法益應非單一種法律所能涵蓋，因此亦有學者認為本罪之保護法益應兼含二種法益：個人法益，亦即「性自

⁵² 李聖傑，妨害性自主第一講：保護法益，月旦法學教室，第 19 期，2004 年 5 月。

⁵³ 最高法院 99 年第 7 次刑庭決議理由：「...至於 7 歲以上未滿 14 歲之男女，應係民法第 13 條第 2 項所定之限制行為能力人，並非無行為能力之人；自應認其有表達合意為性交與否之意思能力。...然若認未滿 14 歲之男女概無為性交合意之意思能力，勢將使刑法第 227 條第 1 項形同具文」。

⁵⁴ 最高法院 99 年第 7 次刑庭決議理由：「... 足見刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪，係以「行為人與未滿十四歲之男女『合意』為性交」為構成要件，倘與未滿十四歲之男女非合意而為性交者，自不得論以該項之罪..」。

主決定權」與社會法益「幼年人之性道德與性成熟的自然成長環境」，即兒童與少年之保護利益⁵⁵。至於性剝削之觀點，只是為兩小無猜解套或以另一種角度闡明為何與兒少性交易需被禁止。再者，「剝削」只是一種狀態的描述，亦是侵害性自主權或兒少身心健康手段之一，不適合直接作為本罪之保護法益。況且，自保護兒少身心健全發展以觀，難道兩小無猜之間雖無剝削之情形，但身理或心理之發展完全沒有受到影響？



⁵⁵ 高金桂，連續對幼年人性交之論罪，月旦法學教室，第 83 期，2009 年 9 月。

第三章 客觀構成要件之探討

基於罪刑法定主義(刑法第1條)之刑事立法及刑法適用的上位原則，判斷一行為是否具可罰性，係以法定構成要件做為刑法與事實間的連結點。而法定構成要件一般又區分為客觀構成要件與主觀構成要件，前者係對構成要件行為及重要相關事項的外在描述，包括：行為主體、客體、行為情狀、行為、結果、因果關係等；後者係行為人於行為時之內在心理狀態描述，如在故意犯中之構成要件故意(一般主觀構成要件要素)，在意圖犯中行為人則需有特定意圖(特別主觀構成要件要素)始能成罪。

因此，在討論與幼年男女性交罪上便無可避免需討論該法條之不法構成要件為何，以便將犯罪事實順利函攝到相關法條內。觀察我刑法第227條第1項規定「對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑」，第3項規定「對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑」；同條第2項及第4項則係規範與第1項及第3項相同區分年齡之被害人發生猥褻行為時之罰責。該條文之用語雖簡要，但運用在實際案例上，其客觀要件與主觀要件上仍有不少疑義待釐清與討論，茲於第三章與第四章做討論。

第一節 行為

傳統概念上，認為性權利專屬於男性，因此只有男性才可能是性侵害行為之主體，而作為性侵害客體之女性是不可能對性侵害主體造成性侵害。甚至當女性對男性有性侵害行為時，都會被解釋成是男性

的額外優惠。然而，隨著時代變遷，性漸漸脫離貞操與傳宗接代之兩個任務後，所謂性侵害，便開始從性自主意識觀點下重新詮釋¹。任何直接享受性取悅的性行為方式，在違反客體之意願下，都是對性權利之破壞與否定，因此，女性有成為性侵害主體之可能；反之，男性也有機會成為性侵害客體。

至於行為主體，按刑法第 227 條第 1 項到第 4 項之條文內容都是直接規定對於未滿 14 歲之男女或對於 14 歲以上未滿 16 歲之男女為性交或猥褻者，並未特別規範主體，因此解釋上行為人不分男女²，只要對被害人實施猥褻或性交行為者即可成為本罪之行為主體，而無任何身分性別之限制，因此，本罪不屬於身分犯，而是係屬一般犯。再者，本罪雖非對向犯，但當行為主體與客體皆屬未滿 16 歲之人時，則屬偶然之對向犯，此時雙方既是行為人亦是被害人。行為主體若屬未滿 18 歲之人或未滿 14 歲之人甚或 80 歲以上之人，則與刑法第 229 條之 1 告訴乃論罪有關或與刑法第 18 條規範責任能力相關，容於本文第六章及第七章再討論。

第一項 性交行為

第一款 性交定義

傳統見解認為姦淫係指男性對女性不正當之性交行為，且限於兩性生殖器之接合，兩性生殖器接合(多數說)即屬姦淫既遂。因此同性間之親密行為或異性間非性器接合之淫行均屬猥褻範疇。且姦淫主體

¹ 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢—何謂性自主？兼評台北地院九一年訴字第四六二號判決，臺灣本土法學，第 42 期，2003 年 1 月。

² 2010 年 8 月 31 日蘋果日報頭條新聞報導 36 歲某國小女老師愛上 15 歲國中男學生，二人並發生 8 次性關係，男方家長不願意和解，經法院判處有期徒刑 8 月，檢方表示若女方仍繼續與男學生交往並發生性行為，將考慮上訴。相關新聞尚有 2010 年 3 月桃園縣某國中離婚 46 歲女老師穿性感內衣引誘差她 32 歲男學生上床多次，女教師與男學生家長和解，法院判 3 個月，緩刑 2 年。網址 http://nextmedia.com/applenews/article/art_id/(瀏覽日期 2010 年 9 月 1 日)

限男性，客體限女性，若係女性強迫男性為性交，亦屬猥褻³。當時姦淫行為是否完成之認定標準有三種，其一為接觸說，認為男女性器接觸，姦淫行為即屬完成；其二為接合說，以男性生殖器插入女性生殖器為姦淫行為之完成；其三為射精說或性慾滿足說，以男性射精而滿足性慾時，姦淫行為完成，當時以接合說為多數說。

嗣因姦淫一詞給人放蕩淫逸之觀感且社會陸續出現男性侵害男性或男童或女性侵害男性或男童，或加害人將異物強行插入被害人性器或肛門之社會事件⁴，卻無法對加害人重判之情形，遂於民國 88 年將姦淫一詞改為「性交」之用語，並擴張性交之定義。

依民國 88 年時刑法對於性交之定義為：「稱性交者，謂左列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門之行為」，此概念下之性交定義造成女性對男性性器的強迫接合、口交、對性器的手交行為皆排除在外。因此，為達男女同受對等之保護，一方面又擔心醫生的醫療行為或海關的檢查行為在客觀構成要件上都被定義成是性交，於違法性解釋時才能阻卻違法，遂於民國 94 年再次修正刑法關於性交之定義：「稱性交者，謂非基於正當目的⁵所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」

因此，依現行法規定，只要符合刑法對於性交定義之性侵入行為

³ 褚劍鴻，刑法分則釋論(上)，1999 年

⁴ 一名 19 歲男子帶鄰居 6 歲男童外出遊玩，連續五六次載被害人到無人海邊，脫去男童褲子吸吮男童生殖器(聯合報，2003 年 6 月 17 日)。一 18 歲女子連續和鄰居 12 歲男童合意發生性行為，男童家長控告女子性侵害(聯合報 2003 年 3 月 6 日)。一名商人酒後向女友求歡被拒，老羞成怒，涉嫌拿玻璃啤酒瓶強行插入女方下體(聯合報 2003 年 6 月 19 日)。

⁵ 1999 年時修正刑法第十條第五項關於性交之定義，造成許多醫療檢查或治療行為都可能符合刑法「性交」之定義，因此於 2005 年增修為「非基於正當目的所為之下列性侵入行為」。

且非基於正當目的者皆屬本法所謂之性交，不僅是男對女，女對男，男對男，女對女都可能成為行為之主體與客體。

第二款 檢討

隨著社會風氣開放、色情資訊氾濫與性伴侶多元化，性慾的表達與發洩漸趨多樣性，導致性侵案件的態樣不一，且有愈益殘暴之傾向⁶。而原有刑法關於傷害、重傷、強制性交之規定顯然對幼年男女或性自主權的保護欠缺周延，尤其對於有特殊性癖好之暴力犯或戀童癖者，雖可論重傷罪或殺人罪重判之，卻無法透過相關法令給予矯治與強制治療，因此我刑法才會在 1999 年及 2005 年相繼擴大性交之定義並規範強制治療之情形。

但民國 94 年修正後仍有一些問題，例如「非基於正當目的」是否有其必要性？有學者持否定看法，認為沒有人會懷疑醫療行為或海關必要之檢查行為，是刑法上要處罰的性交行為，即便符合性交定義，並無意義，必須符合刑法妨害性自主的構成要件才會和刑法有關，況且如果性交定義必須加上該用語，則重傷豈不也該加上相同用語，否則醫生的重傷行為豈不也會符合重傷定義⁷？況且，將性交定義加上「非基於正當目的」一詞反造成夫妻間基於正當目的下之性交卻不屬刑法關於性交定義之範疇。因此，論者有謂立法不當係因立法者混淆了性傾向與正當目的下的行為概念，例如醫生的內診行為是基於

⁶ 1996 年台中市一名 5 歲女童慘遭惡徒用竹竿戳入下體凌虐，長達 180 公分的小腸和子宮被拖出體外壞死，下體血流如注，後雖送醫搶救挽回小命，但女童小腸只保住 8 公分，無法進食吸收營養，去年終因長期營養不良引發多重器官衰竭，以 18 歲芳齡逝世。當年兩度坦承犯下這起人神共憤惡行的嫌犯謝○○（46 歲），歷經法院 9 次審理，因事後翻供，加上警方蒐證、指證程序犯嚴重錯誤，昨被最高法院判決無罪確定。當時指揮辦案的台中市警局訓練課長陳○○昨說，謝嫌應訊時坦承罹患疝氣，無法勃起，但看見小女生難掩性衝動，才會以竹竿猥褻女童...。(2010.01.22 蘋果日報網路新聞，瀏覽日期 2013.04.18)。

⁷ 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢—何謂性自主？兼評台北地院九一年訴字第四六二號判決，臺灣本土法學，第 42 期，2003 年 1 月。

正當目的下之醫療行為，根本無所謂性傾向或是性慾滿足，如何會是所謂的性交⁸。

再者，過度擴張性交之定義後，同時造成一些問題，例如造成強制性交罪未遂犯與強制猥褻罪既遂犯二者間之界線更難釐清，或使原本非性滿足的傷害行為可能成為性交⁹。例如 2009 年 2 月¹⁰發生校園霸凌事件，一名陳姓女國中生因不滿另一名國中女生與她搶男友且在網路上說她的壞話，涉嫌夥同三名國中女生、二名國中男生及數名校外人士對被害人拳打腳踢，另三名女生並強脫被害人衣服，其中一名女生甚至拿湯匙裝食鹽塞入被害者陰道，造成被害者下體嚴重受創，期間男生都在一旁吶喊助興，警方當時依加重妨害性自主罪嫌將所有涉案人送辦。因此有學者¹¹認為過度擴張性交定義之結果甚至與當今所謂「恐龍法官」之產生難脫干係，畢竟係因「恐龍立法」致實務界受限於刑法關於性交之定義，只要遇到性侵案件，只能進入「性交」認定，而無判斷空間。

第二項 未違背被害人意思

妨害性自主罪章特別強調被害人意願，係因行為係和性有關。和性有關的行為不同於拿刀在別人手臂劃一刀或揍別人一拳，雖然該種行為可能是得被害人承諾而為之，但即便是得被害人承諾，都不會是讓人感到舒服的行為，而且客觀上有一方有損失。相對地，和性有關

⁸ 陳子平，刑法總論二版，2008 年 9 月。李彥光，論刑法上性交、猥褻與性騷擾之界限，東吳大學碩士論文，2009 年 9 月。

⁹ 陳子平，臺灣刑法有關性犯罪修改的相關議題，法學新論，2010 年 1 月。陳子平，性交及傷害與加重強制性交罪，月旦法學教室，第 86 期，2009 年 12 月。

¹⁰ 新聞來源 2009 年 2 月 11 日中國時報及立報等。

¹¹ 陳志龍，探討性犯罪禁忌與恐龍法官爭議—歐洲 1960 年代性禁忌解放與台灣 1999/2005 年性禁忌強化、恐龍化探討其差異性，司法叢刊，2012 年 1 月。

的行為，若是兩情相願，是沒有一方有損失，甚至是雙贏。此種行為的相對價值-「一方當事人之意願」，就會成為該性行為究竟是被評價為社會之正面行為或負面行為的指標，成為判斷該行為是行使性權利或成為性客體之依據。附帶說明者，有法定代理人同意幼年人為性交行為可否阻卻違法?因本罪係因年稚之男女對於性行為欠缺同意能力，故特設處罰明文以資保護，因此行為人縱得幼年人之法定代理人同意而為性交仍不能阻卻犯罪(參最高法院 63 年臺上第 3827 號判例)。

而就我現行刑法第 227 條文義及體系解釋，可推知該條中加害人之行為仍必須是「未違背被害人之意思」，否則即屬強制性交或猥褻罪¹²，就此學界通說與實務皆同意，但，究竟如何定義或得知被害者之意思，實務與學說卻有許多爭議，茲說明如下：

第一款 最高法院第 97 年第 5 次刑事庭會議決議

(一) 緣由

原本民國 88 年 4 月 21 日修法前，我國強制性交罪之罪名為「強姦罪」且實行行為規定是「以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法至使不能抗拒而姦淫..」，但修法後罪名易為「強制性交罪」，且實行行為改為「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..」，究竟「其他違反其意願之方法」是否仍需帶有強制性質，實務適用出現分歧，我最高法院因而做出第 97 年第 5 次刑事庭會議決議。

(二) 決議內容

¹² 有實務見解表示縱得客體之法定代理人同意，仍無礙本罪之成立。參照 63 年台上字第 3827 號判例：「...刑法第二百二十七條第一項..係因年稚之女子對性行為欠缺同意能力，故特設處罰明文以資保護，其父之同意不能阻卻犯罪，亦無刑法第十六條但書後段所免刑之適用」。

「民國 88 年 4 月 21 日修正前刑法第 224 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為者…』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。惟該條文已於 88 年 4 月 21 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…』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。」

（三）針對該決議之評論

按最高法院 97 年第五次刑事庭會議決議之解釋所推衍出的結論將造成行為人之行為只要違背被害人之意願，縱然非類似於強暴、脅迫、恐嚇、催眠術相當之強制方法，仍可能成立強制性交或猥褻罪。但如此之解釋會過度擴張強制性交猥褻罪之定義，且將造成與刑法第 228 條利用權勢性交罪二者間被害人意願之界限狀況不明¹³，況且意願不意願又常常藏乎於心，不易窺知，因此有學者¹⁴認為『其他違反其

¹³ 98 年台上字第 1804 號裁判要旨：刑法第 228 條第 1 項之利用權勢性交罪，以對於因親屬監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、扶助、照護之人，利用監督之權勢性交，被害人係處其權勢之下而隱忍屈從，被害人屈從其性交，並未至已違背其意願之程度，始克當之，此與同法第 221 條第 1 項之強制性交罪，以違反被害人意願之方法而為性交行為仍屬有間，若利用權勢，且以使被害人喪失自己之意思方法而行之，則仍應依強制性交論罪。

¹⁴ 高金桂，強制性交罪的強制力行使—高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月。

意願方法』應經由目的限縮解釋，限於與強暴及脅迫具有相同心理強制作用或剝奪身體行動自由效果之行為，並將『其他違反其意願方法』修正為『或他法』或『或其他非法之方法』，否則有可能被誤解為「性交之方法違反被害人之意願」。

有學者則認為¹⁵，該決議是為了擴大對被害人之保護，所以不限於例示的幾種方法，而寫下「其他違反被害人意願的方法」之概括規定，而其他方法的具體態樣有賴司法實務透過個案找出來，成為未來裁判之樣本。再者，之所以將妨害性自主罪之條文內容用語「至使不能抗拒」修改為「其他違反其意願方法」，其實真正修正的是證明方法，而非意願要素。

蓋在文明社會裡，是否和人建立性關係，個人如何展現性價值觀，都是個人尊嚴之重要元素，原則上都需受到高度尊重。如果還要抵死不從，奮力抵抗的程度，無從證明足夠尊重個人表現性價值之自由。況且每個人基於個性、反應、成長環境、禮教束縛等，表達意見強弱不同，有些人甚至不善表達憤怒或恐懼，不能因為別人沒有橫眉豎目就認為不違反其意願，因此才修法放寬證明違反意願之方法。修法並非表示過去不以違反他人意願為必要，而是發現既然與人性交的合法界線是他人是否同意，則應該放寬證明不同意的標準與方法，如此方能充分展現對個人性價值觀選擇的尊重與保護¹⁶。倘能理解放寬違反意願證明方法之目的係為更周延保護表達能力特別不足之人，那麼當面對被保障之人係年幼之孩童時，更應放寬違反意願之證明方法，根本不必去問孩子，你有沒有跟叔叔或阿姨說不要，畢竟一個會

¹⁵ 許玉秀，重新學習性自主-勇敢面對問題，月旦法學雜誌，第 200 期，2012 年 1 月。

¹⁶ 錢建榮，重點在有無違反意願的「方法」--為恐龍法官喊冤，台灣法學雜誌，174 期，2011 年 4 月。許玉秀，重新學習性自主-勇敢面對問題，月旦法學雜誌，第 200 期，2012 年 1 月。

利用幼童懵懂無知而為性交猥褻之人，便是占幼童之便宜，遂行剝削者，當然是不尊重幼童意願之人。

第二款 最高法院 99 年第 7 次刑庭決議

(一)緣由

被告甲於圖書館樓梯間，見年僅 6 歲之女童乙身穿腰部為鬆緊帶之運動長褲，獨自一人玩耍，明知其為未滿 14 歲女童，竟基於性交犯意，將乙抱坐其大腿，以左手將其環抱，以右手指插入乙之陰道，性交得逞。一審時高雄地方法院 99 年訴字第 422 號認定因目擊者證人未見女童抗拒，且案發時乙女童是坐在被告之左大腿上，姿勢重心並非十分穩固，若女童有意掙脫被告，被告應難以在未脫去女童運動褲的情形下，順利將手指伸進女童內褲以手指插入陰道得逞，因而認定被告並未施強暴、脅迫或其他違反乙女童意願方法而為性交，因而認定本案非違反女童意願，變更檢察官起訴法條，改以刑法第 227 條第一項，對未滿 14 歲之人為性交罪，判 3 年餘。該案上訴至二審仍維持與一審相同見解，致引發軒然大波，飽受輿論撻伐。

(二)決議內容

決議內容：「..倘乙係 7 歲以上未滿 14 歲者，甲與乙合意而為性交，

甲應論以刑法第 227 條第 1 項之對於未滿 14 歲之男女為性交罪。如甲對 7 歲以上未滿 14 歲之乙非合意而為性交，或乙係未滿 7 歲者，甲均應論以刑法第 222 條第 1 項第 2 款之加重違反意願性交罪」。

(三)決議理由

分段摘錄如下：

一、「...刑法第 227 條第 1 項之對於未滿 14 歲之男女為性交罪，係以行為人與未滿 14 歲之男女『合意』為性交為構成要件，倘與未滿 14 歲之男女非合意而為性交者，自不得論以該項之罪」。

二、「...未滿 7 歲之幼童，雖不得謂為全無意思能力，然確有意思能力與否，實際上頗不易證明，故民法第 13 條第 1 項規定『未滿 7 歲之未成年人，無行為能力』，以防無益之爭論；此觀諸該條之立法理由自明。未滿 7 歲之男女，依民法第 13 條第 1 項之規定，既無行為能力，即將之概作無意思能力處理，則應認未滿 7 歲之男女並無與行為人為性交合意之意思能力。至於 7 歲以上未滿 14 歲之男女，應係民法第 13 條第 2 項所定之限制行為能力人，並非無行為能力之人；自應認其有表達合意為性交與否之意思能力。本院 63 年台上字第 3827 號判例意旨雖謂：『(修正前)刑法第 227 條之規定，係因年稚之男女對於性行為欠缺同意能力，故特設處罰明文以資保護』；然若認未滿 14 歲之男女概無為性交合意之意思能力，勢將使刑法第 227 條第 1 項形同具文，故不宜援引該判例意旨以否定 7 歲以上未滿 14 歲之男女具有為性交與否之意思能力。」

三、「...於被害人未滿 14 歲之情形，參照聯合國兒童權利公約(西元 1990 年 9 月 2 日生效)第 19 條第 1 項所定：『簽約國應採取一切立法、行政、社會與教育措施，防止兒童(該公約所稱『兒童』係指未滿 18 歲之人)…遭受身心脅迫、傷害或虐待、遺棄或疏忽之對待以及包括性強暴之不當待遇或剝削』之意旨，以及公民與政治權利國

際公約第 24 條第 1 項：『每一兒童應有權享受家庭、社會和國家為其未成年地位給予必要保護措施…』、經濟社會文化權利國際公約第 10 條第 3 項：『應為一切兒童和少年採取特殊的保護和協助措施…』等規定（按：公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第二條明定：『兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律效力』），自應由保護該未滿 14 歲之被害人角度解釋違反被害人意願之方法之意涵，不必拘泥於行為人必須有實行具體之違反被害人意願之方法行為。否則，於被害人未滿 7 歲之情形，該未滿 7 歲之被害人（例如：未滿 1 歲之嬰兒）既不可能有與行為人為性交之合意，行為人往往亦不必實行任何具體之違反被害人意願之方法行為，即得對該被害人為性交。類此，是否無從成立妨害性自主之罪？縱或如甲說之意見，亦祇論以刑法第 227 條第 1 項之對於未滿 14 歲之男女為性交罪。但如此一來，倘被害人係七歲以上未滿 14 歲之男女，尚得因其已表達『不同意』與行為人為性交之意，行為人不得不實行違反其意願之方法行為，而須負刑法第 222 條第 1 項第 2 款之加重違反意願性交罪責；而被害人未滿 7 歲者，因其無從表達『不同意』之意思，竟令行為人僅須負刑法第 227 條第 1 項之對於未滿 14 歲之男女為性交罪責，法律之適用顯然失衡。……」

(四) 此決議之重要見解

(1) 未滿 7 歲幼童在民法上既無行為能力，一概當作無意思能力，無為性交合意之能力，倘行為人對未滿 7 歲為性交者，一律視為違反意願，依加重強制性交罪論處。(2) 倘被害人為 7 歲以上未滿 14 歲者，則應有表達為性交與否之能力，雙方合意性交則依刑法第 227 條，非

合意則依刑法第 222 條。至於是否合意，應自保護幼年男女之角度，個案判斷，不必拘泥於行為人必須有實行具體之違反被害人意願之方法行為。(3)肯認刑法第 227 條第 1 項之罪，以行為人與未滿十四歲幼年男女有性交「合意」為要件。

第三款 學者對 99 年第 7 次刑庭決議及高雄地方法院 99 年訴字第 422 號判決所做之評論

(一)高金桂氏

認為以民法行為能力來推論刑法上之同意能力並非完全妥適，況且就高雄地方法院 99 年訴字第 422 號判決所指摘之案例事實，稱甲對乙並未實施強暴脅迫或其他違反乙意願之方法，而否定成立強制性交罪之可能性，是有疑問的法律見解。因為所謂強暴就是使用暴力，就是以肢體力量或配合物體之行使，進而對他人身體發動攻擊或壓制之行動，其結果在對被害人之身體或健康造成侵害，或壓制、排除被害人之意思決定自由或身體行動自由¹⁷。本案例中行為人是成年男子，而被害者是 6 歲女童，二者外觀體型相去甚遠，力氣更是相差懸殊，而今該行為人將手臂環抱被害女童，致其無法掙脫，當屬具有強制力之強暴行為，怎可將行為人基於非法侵害目的而環抱被害女童之環抱行為竟與父母擁抱小孩之親子行為給予相同正面評價？

因此，倘本判決，能將行為人當時環抱女童之行為認定係屬強暴之強制力行使，而非「其他違反其意願之方法」，或許可省卻不少爭議。況且，刑法第 227 條第 1 項解釋上如須以「合意」為前提，而未

¹⁷ 高金桂，強制性交罪的強制力行使—高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月。

滿七歲之被害人，對於行為人之環抱並以手指進入其性器官，若該孩童未曾受過被害預防教育或相關性教育，根本不知道該行為之意涵，甚至以為就像以手指或器物進入耳、口、鼻清理異物一樣，未有受到侵害之感知，天真的孩童甚至容易遭行為人誤導為是一種遊戲，因而此時幼年人之「同意」或「未表示反對」之意思，在犯罪判斷上並無意義¹⁸。

另有學者認為可以參酌「推定同意」或「推定承諾」之方式，依經驗法則推定未滿七歲之幼年人，倘知悉此等行為之犯罪侵害意涵，定會強烈拒絕之，或者，倘具代行同意權之法定代理人，若知悉行為人對該幼年人之侵害行為，必強烈拒絕或排除之。基於此等「推定的不同意」，吾人可認定判決中行為人之行為違反該六歲女童之意願，而論以加重強制性交罪¹⁹。

(二)盧映潔氏

認為高雄地方法院 99 年訴字第 422 號判決將檢察官原本起訴刑法第 222 條第 1 項第 2 款「對未滿 14 歲之人犯強制性交罪」變更為刑法第 227 條尚非無據，因為在證據的呈現上法官看不到被告有強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以及其他違反意願的手段。但，承審法官錯估一個 6 歲女童的認知與生理能力，似乎認為女童對於被告舉動所代表的涵義可以有所認識，進而有掙脫反抗的餘地，卻沒有掙脫。再者，系爭判決之所以引發輿論撻伐的引爆點其實是刑度與量刑理由的問題²⁰，也就是媒體所說「性侵六歲女童『只』判三年二月」，否則難道

¹⁸ 高金桂，強制性交罪的強制力行使—高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月。

¹⁹ 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢—何謂性自主？兼評台北地院九一年訴字第四六二號判決，臺灣本土法學，第 42 期，2003 年 1 月

²⁰ 蔡聖偉，論「對幼童性交罪」與「強制性交罪」的關係—評最高法院九十九年第七次刑事庭

在高雄地方法院做出 99 年訴字第 422 號判決以前從未發生過類似案件嗎？不然，而是量刑過輕才會引發民怨。再者，法官的量刑理由邏輯不夠具體也是被媒體大作文章之處。法官在判決理由中²¹先是指責加害人行為如何的令人髮指，最後卻僅以「兼衡其犯罪動機、手段、等一切情狀，認檢察官求處有期徒刑七年十月容屬過重」對加害人改判 3 年 2 月。判決理由未具體說明為何應給加害者輕判，亦未對加害人進行身心鑑定，亦未宣判任何保安處分，難以建立司法的威信與專業判斷，造成大眾憂心「會對兒童性侵猥褻者、戀童傾向者」竟被法院輕判，造成家中有未成年孩子的父母的不安與惶恐²²。

(三)鄭逸哲氏與盧亨龍氏

鄭逸哲氏與盧亨龍氏皆認為該決議雖最終採丙說，然丁說較兼顧社會輿論之要求且又不違背罪刑法定主義²³。丁說結論謂：「論以乘機性交罪，符合被害人『年幼無知，不知抗拒』之事實。…建議將二百二十五條第一項之『其他相類情形』，解釋包括年幼無知而不知抗拒之情形，不以有身障、智障者為限。」

最高法院 99 年第 7 次刑庭決議丁說所持理由約略如下：

理由(一)：刑法第 227 條第 1 項之對未滿 14 歲男女為性交罪，係

決議，月旦裁判時報，第 8 期，2011 年 4 月。李佳玟，違反罪刑法定的正義，台灣法學雜誌，第 160 期，2010 年 9 月(相同見解)。

²¹ 判決理由：「..審酌被告為滿足個人私慾，明知甲女僅六歲，心智未成熟，竟對其性交，對甲女身心造成傷害，且犯後藉病否認犯行，未得告訴人乙男之諒解，兼衡其犯罪動機、手段等一切情狀，認檢察官求處有期徒刑七年十月容屬過重，爰量處如主文所示之刑。」

²² 盧映潔，「意不意願」，很重要嗎？—評高雄地方法院九十九年訴字第四二二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議，月旦法學雜誌，第 186 期，2010 年 11 月。

²³ 盧亨龍，性侵害犯罪審判實務之研究，司法院年報第 29 輯(刑事類)第 5 篇，2012 年 12 月。鄭逸哲，與未滿十六歲人進行性接觸之刑法適用—評最高法院九十九年台上字第四八九四號刑事判決和最高法院九十九年度第七次刑事庭會議決議，法令月刊，2010 年 12 月。

指得被害人同意而對其為性交行為。其立法意旨係此幼年男女因身體、心智發育尚未成熟，無表示與他人同意性交之能力，縱得其同意亦不得對之為性交行為，以保護幼年男女身智之正常發育，避免遭受摧殘。而第 225 條第 1 項之乘機性交罪，則係指對男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類情形不能或不知抗拒，而對之為性交行為，亦即凡利用男女之身、心因素，不能或不知抗拒之情況下，對之為性交，均成立此罪，**被害人均無年齡限制，亦不以有身障或智障者為限**。此由 48 年台上字第 910 號判例意旨(對熟睡而不知反抗婦女為性交者，成立本罪)，即可證明。故利用年幼無知，不知抗拒之情形，對之為性交犯行，自應負此罪責，不得以被害人未表示反對，即認已得其同意。

理由(二)：精神、身體障礙或其他心智缺陷之人，如能為反對性交之表示，且已有反對表示，而仍對之為性交者，係犯第 222 條第 1 項第 3 款加重強制性交罪；如因上述身障、智障而不能或不知抗拒，而利用此情形，對之性交者，則係犯上述乘機性交罪，二者情況不同。

理由(三)：甲說、乙說或認被害人未具體表示無意願性交，即是同意性交，或認非合意性交，即是違反被害人意願而為性交，均忽略被害人不能或不知抗拒，而未表示同意，亦未表示無意願之情況，似有未妥。丙說將刑法第 227 條第 1 項之被害人中，未滿七歲者移出，認對之為性交者應成立第 222 條第 1 項第 2 款之加重強制性交罪，似有違第 227 條第 1 項之明文規定，且似有違罪刑法定主義。

理由(四)：論以乘機性交罪，符合被害人『年幼無知，不知抗拒』之事實，且在 92 年 5 月 30 日之後之犯罪應依兒童及少年福利法第 70 條第 1 項加重其刑(在此之前對未滿十二歲之兒童犯之，則應依兒童

福利法第 43 條第 1 項加重其刑)²⁴，最高刑度為 15 年，與第 222 條第 1 項最高刑度相同，符合社會輿論要求。因此建議將 225 條第 1 項之『其他相類情形』，解釋包括年幼無知而不知抗拒之情形，不以有身障、智障者為限。丙說見解似宜以立法方式解決。」

盧亨龍氏認為丙說雖隱約認知到「欠缺有效同意」即屬「違反其意願」，但丙說謂「..未滿 7 歲之幼童，雖不得謂為全無意思能力..」，顯然係將「抗拒『性接觸』這樣的動作」與因「『理解』『性接觸』的『意義』而抗拒性接觸這樣的動作」二者間相混淆，況且，「意思能力」之有無係用於民法之財產權，怎可逕于移轉作「自由法益」之「處分能力」的判斷標準，而藉以判斷幼童對於「性接觸」有無「理解能力」²⁵？甚者，以民法有無行為能力的 7 歲標準做為無性交同意能力之判斷標準，反而架空立法者預設對於未滿 14 歲者身心之保護，更造成 7 歲以上之幼童有性交同意能力之誤解。

第四款 小結

妨害性自主罪中，行為人是否違反被害人意願常是司法官求刑論罪的主要依據之一。但與性相關之行為常在隱蔽之處發生，實務上往往缺乏當事人雙方以外之第三證人，而所謂『意願』又常常藏乎心中，不易窺見，因此如何判斷『意不意願』，向來是爭論的重點，讓許多司法官在偵辦審理上很困擾，動輒被冠以恐龍法官或檢察官。

因此，有學者²⁶提出是否將刑法第 221 條之「違反其意願」改為「未得其同意」，而由被告舉證得到被害人之同意。因為傳統對於「違

²⁴ 2011 年 11 月 30 日將「兒童及少年福利法」修正名稱為「兒童及少年福利與權益保障法」並修正全文公布之。原「兒童及少年福利法」第 70 條之條文內容與「兒童及少年福利與權益保障法」第 112 條規定相同。

²⁵ 盧亨龍，性侵害犯罪審判實務之研究，司法院年報第 29 輯(刑事類)第 5 篇，2012 年 12 月。

²⁶ 李佳玟，違反罪刑法法定主義，台灣法學雜誌，第 160 期，2010 年 9 月。

反其意願」的解讀方式，不能涵括那種無法表達反對意願之情形，乃因另有刑法第 225 條及第 228 條之存在，而該種規範方式基本上係以成年被害人為想像對象，並建立在強暴迷思上，認為被害人在無心神喪失(225 條)或畏懼於權勢下(228 條)，若沒有抗拒或積極具體說不時，就是願意。這種觀點其實是立於加害人之立場，因此在適用到欠缺抵抗意識與能力的幼年人身上就會出現問題。

其實，形式上承諾不等於實質上承諾，刑法上的承諾以具備理解能力為前提，若不具備理解能力，即便有形式上之承諾，刑法上亦無承諾可言。況且，承諾與有效承諾亦為二事，例如承諾人雖理解死亡，然其對自我生命法益的處分亦屬無效的無權處分，但無效也不等於無意義，對自己生命法益的處分雖無效，卻是刑法上減輕構成要件要素。同理，刑法第 227 條中即使未滿 16 歲之法益處持有人對性接觸有理解能力而為處分，其處分仍無效，但無效並非無意義，可作為「強制性接觸構成要件」的「減輕構成要件要素」，改適用「與幼年人合意性接觸構成要件」²⁷。

本文贊同將刑法第 221 條及 224 條之「違反其意願」解讀為「欠缺有效的同意」之見解。再者，亦贊同最高法院 99 年第 7 次刑庭決議之丁說，認為將刑法第 225 條第 1 項之「其他相類情形」，解釋包括年幼無知而不知抗拒之情形，而不以有身障、智障者為限。況且，針對利用客體年幼無知而不知抗拒而與之性交之成年人，論以刑法第 225 條，更可讓該成年人，依兒童及少年福利保障法第 112 條加重其刑至二分之一，予以嚴懲²⁸。讓刑法第 227 條之態樣僅保留二種情形，

²⁷ 鄭逸哲，與未滿十六歲人進行性接觸之刑法適用一評最高法院九十九年台上字第四八九四號刑事判決和最高法院九十九年度第七次刑事庭會議決議，法令月刊，2010 年 12 月。

²⁸ 兒童及少年福利保障法第 112 條第 1 項：「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特

一為兩小無猜之情形；另一則是得客體有效同意(真的了解性交意義而同意性交)之情形。

第三項 刑法第 227 條在妨害性自主罪章之區分類型一

最高法院法院為擺脫傳統之性秩序與道德觀，本著對於性自主決定權之尊重與保護，做出 97 年第 5 次刑庭決議，試圖解決法律適用之爭端，然卻產生一些爭議或疑問，例如：被害人可能意願不明或有瑕疵時該如何解決？因此，最高法院又接續做出 99 年第 7 次刑庭決議，希望再次解決實務之困擾，扼要的從年齡上區分應適用之法條，只為迎合社會大眾基於保護兒童之心理一重判加害者，但頭痛醫頭，腳痛醫腳之結果，造成體系架構上似乎有些紊亂，治絲益棼。因此有些學者對妨害性自主罪章，提出區分類型頗值參考，茲略述如下：

(一) 盧映潔氏

將刑法第 16 章區非為四大類：

(1) 違反意願類型—指刑法第 221 條強制性交罪、第 222 條加重強制性交罪、第 224 條強制猥褻罪、第 224 條之 1 加重強制猥褻罪，此類型是典型侵害個人性自主權之情形，重點在被害人自主意願遭壓制。其認為刑法第 222 條第 1 項第 2 款「對未滿十四歲之人犯強制性交罪」之立法有瑕疵，容易造成與 227 條彼此間適用上的問題。蓋該款規範目的雖在加強對幼年人之保護，然而，強制性交罪在成立要件上本需考察是否有行為人是否有施用強制手段，壓制被害人意願，屬「意願違反類型」，考察前提便是被害人有意願表達能力才有判斷是否違反意願的需要。換言之，當被害人根本沒有意願表達能力，就不

別處罰規定者，從其規定。」

」

需考察行為人有無使用強制手段而違反被害人意願之情形。此理同刑法第 225 條第 1 項乘機性交罪之規定，該法條之設計並未以行為人必須使用強制手段而違反被害人意願為要件，蓋該類案件中被害人便是處於無意願展現之狀態²⁹。

(2) 意願不明類型—刑法第 225 條乘機性交猥褻罪。此類型是被害人處於「無法或難以擷取意願之狀態」，而此種狀態之造成並非行為人所致，行為人只是趁被害人處於該種狀態時趁機為性交或猥褻。

(3) 意願受干擾類型—刑法第 228 條利用權勢機會性交猥褻罪，此類型被害人係居於權力結構不平等的地位下，自願屈服行為人性交或猥褻的要求，因其自主選擇空間遭壓縮，仍是性自主權的干預。

(4) 意願無意義類型—刑法第 227 條與幼年男女性交猥褻罪，認為本條文在設計上並無行為人施用手段之要求，也未提及客體意願違反等情形，僅以年齡因素為考量，因此本條之保護法益應為「幼年人自我身心健全成長權利」，幼年人是否同意行為人性交或猥褻，其同意不具刑法評價重要性，至於刑法第 229 條「以詐術使人誤信為配偶而性交」，因實務適用罕見，條文本身規定亦屬怪異，遂未加以歸類。³⁰

(二)李聖傑氏

將妨害性自主區分為

1 當然侵害：又區分為

(1) 絕對侵害，指刑法第 221 條強制性交罪、第 222 條加重強制性交罪、第 224 條強制猥褻罪、第 224 條之 1 加重強制猥褻罪

²⁹ 盧映潔，「意不意願，很重要嗎？」，一評高雄地方法院九十九年訴字第四二二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議，月旦法學雜誌，第 186 期，2010 年 11 月。

³⁰ 盧映潔，「意不意願，很重要嗎？」，一評高雄地方法院九十九年訴字第四二二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議，月旦法學雜誌，第 186 期，2010 年 11 月。

(2) 相對侵害，指刑法第 228 條利用權勢機會性交猥褻罪與第 229 條利用詐術

2 擬制侵害：指刑法第 225 條乘機性交猥褻罪(欠缺抵抗力之侵害)及刑法第 227 條(性完整發展之侵害)³¹

第二節 客體

第一項 未滿 16 歲之男女

我刑法第 227 條以未滿 16 歲之男女³²為保護客體。觀諸外國立法例，日本刑法以未滿 13 歲(日本刑法第 176 條後段、第 177 條後段)³³，德國刑法以未滿 14 歲(德國刑法第 176 條)³⁴，美國紐約州為未滿 14 歲，法國以未滿 15 歲為性行為絕對禁止年齡(意指在與未滿該年齡之幼年人為性交行為，不論是否得其同意，均不能免除刑事責任)³⁵。然而，

³¹ 李聖傑，妨害性自主第三講「類型闡述」，月旦法學教室，第 23 期，2004 年 9 月。

³² 高老師認為強制性交罪被害客體「男女」之用語應改為「他人」，避免不男不女之被害人成為法律漏洞，筆者非常贊同，甚至認為本章所有關於「男女」之用語，應都改為「他人」，較妥適(高金桂，強制性交罪的強制力行使—高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月)

³³ 日本刑法第 176 條「對於十三歲以上男女以暴行或脅迫而為猥褻行為者，處六月以上七年以下之懲役。對於未滿十三歲之男女為猥褻行為者，亦同」。日本刑法第一七七條「以暴行或脅迫姦淫十三歲以上之婦女者為強姦罪，處二年以上之有期徒刑。姦淫未滿十三歲婦女，亦同」。(轉引自褚劍鴻，刑法分則釋論上冊，台灣商務印書館，2007 年 8 月)

³⁴ 德國刑法第 176 條「(一)與未滿十四歲之人為性行為，或誘惑未滿十四歲之人與其為性行為，處六月以上十年以下之自由刑。情節較輕者，處五年以下自由刑或罰金(二)使兒童與他人為性行為者，亦同。(三)情節重大者，處一年以上十年以下自由刑。有下列情況之一者，原則上為情節重大：1.與兒童發生性交行為 2.對兒童之身體加以嚴重摧殘者。(四)因行為之輕率致兒童於死者，處五年以上自由刑(五)意圖使自己、兒童或第三人得到性刺激而有下列情形之一者，處三年以下自由刑或併科罰金：1.在兒童面前為性行為 2.命兒童在自己或他人面前為性行為 3.對兒童展示有猥褻內容之圖畫、模型，或開放有此類內容之錄音，或相類似之言語。(六)本罪之未遂犯罰之，但第五項第三款之罪不在此限。

德國刑法第一八二條「(一)誘惑未滿十六歲之少女與其發生性交行為者，處一年以下自由刑或罰金(二)本條之罪需經告訴乃論。行為人與被誘惑之少女結婚者，不得告訴(三)行為人於行為時尚未滿二十一歲者，法院得依本條免除其刑」

(轉引自褚劍鴻，刑法分則釋論上冊，台灣商務印書館，2007 年 8 月)

³⁵ 曾淑瑜，刑法分則實例研習-國家、社會法益之保護，初版，三民書局，2009 年 2 月，頁 302

隨著青少年身體成熟度早期化及性觀念開放、性資訊之發達，我刑法第 227 條規範未滿 16 歲之客體做為保護客體是否合宜，容有討論空間。

再者，原本我刑法第 227 條條文中所規範客體對象以幼年男女之年齡未滿 16 歲者為限，用意在於縱然行為人外觀上未使用強制手段而經被害客體同意而為性交行為時，為顧及幼年男女身心之發展健全，且考量幼年人之判斷或理解能力不足，遂以本罪作為處罰依據。另外，本罪並未特別規範行為主體之年齡，因此，未滿 16 歲人可能是本罪之行為客體亦可能是行為主體。

附帶一提，原本對於行為人之處罰依照被害客體之年齡層各有其適用條項，以性交為例：與未滿 14 歲性交者適用刑法第 227 條第 1 項處罰，與 14 歲以上未滿 16 歲為性交者依刑法第 227 條第 3 項處罰，但最高法院 99 年第 7 次刑庭會議之決議(如前節第二項第二款所載)謂：「…未滿 7 歲幼童在民法上既無行為能力，一概當作無意思能力，無為性交合意之能力，倘行為人對未滿 7 歲為性交者，一律視為違反意願，依加重強制性交罪論處..」，其衍生出二個問題：

(一)造成刑法第 227 條只適用在客體係 7 歲以上未滿 14 歲或 14 歲以上未滿 16 歲者；(二)稚齡孩童亦可能因為出於對性器官的好奇或是在不當學習下做出了刑法第 10 條所定義之性交行為時，此時當雙方或一方客體是未滿 7 歲之稚齡孩童時，稚嫩的行為主體因而沉重的背負了刑法第 222 條加重強制性交罪之罪名。不同的只是，依刑法第 18 條，未滿 14 歲之人不罰，但仍需依少年事件處理法第 85 條之 1、或少年及兒童福利與權益保障法給予輔導或安置等適當處遇。

原本，青少年成長過程中基於內分泌之關係，對於性的探索較為衝動與憧憬，青少年間容易產生愛撫或性行為等親密行為³⁶，如此兩小無猜之情形適用刑法第 227 條論罪本就頗受爭議而有除罪化之聲浪出現，而今，兩小無猜之情形適用於刑法第 227 條尚未獲除罪化，卻又可能背負了加重強制性交罪之罪名。因此，本文以為最高法院 99 年第 7 次刑庭會議決議真的只是短暫解決社會大眾亟欲嚴懲利用兒童少年之無知而不知抗拒而為性交行為之成年人，但卻衍生更多困擾，筆者認為應盡速修法以釐清爭議。

最後，行為客體是否限未曾有過婚姻，學者³⁷及早期實務³⁸見解認為本罪客體應限於未婚，若已結婚，則有實施正常性行為之能力，又結婚後即使經撤銷婚姻，亦不可成為本罪之客體。

第二項 小結

承上，各國為保護未成年人之身心健全發展，規定行為人若與一定年齡以下之少年男女從事性行為者有一定的處罰規定，其意既在保護幼年人之身心健全發展及性自主權，但適用到現實社會中，邏輯上仍有些矛盾與不合理之處。為何幼年男女一旦結婚了或甚至結過婚

³⁶ 大部分的人青春期會在 9 到 16 歲間開始啟動，但基於一些原因也可能造成青春期之早發或晚出。青春期的主要成長特徵是生長大爆發，身高變高、體重遽重、生殖器官改變。青春期之個體開始對性產生重大之興趣，且容易有性衝動與性幻想。(姜元御、林烘煜、劉志如、何繼琪、許木柱合著，青少年心理學，三民書局，2011 年 8 月)

³⁷ 褚劍鴻，刑法分則釋論上冊，台灣商務印書館，2007 年 8 月。劉邦繡，性侵害犯罪防治法之性侵害犯罪新解—以一九九九年修正之刑法妨害性自主罪、妨害風化罪為論述，律師雜誌，第 267 期

³⁸ 28 年上字第 1228 號判例要旨謂：「..刑法第二百二十一條第二項之姦淫罪，以對於未滿十四歲之女子為限，若已經正式結婚之婦女，則其年齡縱尚未滿十四歲，亦不得適用同條項論之。」院字第 2032 號解釋文，「..刑法第二百二十一條第二項及第二百二十七條第一項所稱之女子係專指未結婚者而言，(參照院字第 1246 解釋及 1282 號解釋)乙、丁二女與甲、丙結婚，雖均違反適婚最低年齡之規定，致被判令撤銷，但仍不失為已婚之婦，從而該二女於結婚撤銷後，乙尚未滿十四歲，丁尚未滿十六歲，戊己各別與之相姦，自不能依刑法第二百二十一條第二項及第二百二十七條第一項分別論科」

(離婚、無效婚、撤銷婚)，就不再受到保護？何以就認定其從此了解性自主權的意涵，就認定其身心健全發展不會再受侵害？同理，吾人是否也可因此認定性經驗豐富的未成年援交男女也不應是本罪的保護客體？再者，從另一個角度來看，刑法第 227 條之規定，某方面是保護幼年男女之身心發展但某方面也是限制了幼年男女成長中對於性的好奇與探索之正常反應。

第三節 結語

行政院曾研議修正刑法妨害性自主罪章之條文，草案中第 221 條之文字修訂為「對於他人以強暴、脅迫、恐嚇、藥劑或其他相類之方法，而為強制性交者，處五年以上有期徒刑。」依此草案，乃將現行法中「違反其意願」要件刪除。行政院此舉修法引來婦女團體的撻伐，其認為刪除違反意願之文字將使妨害性自主罪章不再看見被害人的自主權益，維護性自主權的重要精神也將消失，而無法達到擴大保護的效果。執業律師、臺灣婦女團體全國聯合會創會理事長尤美女指出，現在的性自主侵害案件常發生於熟人之間，例如約會強暴者是，此類案件中之加害人，大抵不須用到強暴、脅迫等手段，因被害人常在嚇呆、愣住、不知所措，或為顧及關係不想撕破臉等原因，而以比較委婉或和緩方式拒絕，此時依事後檢查，被害人不會有明顯外傷，但法官仍可從互動過程判斷有無違反被害人意願。現在修正草案將違反自由意願此一要件刪除，對這些熟識強暴的案件將無法獲致合理判

決³⁹。

法務部新聞稿回應表示強迫被害人為性交或猥褻，當然即具有違反意願之內涵，正如同竊盜、傷害、殺人案件一般，並無將「被害人主觀意願」列為構成要件。而案件是否成罪，必須調查客觀事證，並非單以被害人陳述為唯一之判斷標準。刑法第 221 條所規定之強制力包括「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他」，其強制力之範圍，包含高度強制之「強暴」、「脅迫」、「恐嚇」，亦包括強制力較低之「催眠術」等心理層面受拘束之情形，既非僅以「致使不能抗拒」之高度強制力為限，則對於「熟視強暴」、「親密關係強暴」案件的「畏懼或驚嚇而未能抗拒」等低度強制力的情況，縱刪除「違反意願」之文字，仍有本條之適用，當不致發生「熟識強暴」被排除於妨害性自主罪章之外之情形。因此，法務部係在綜合各方意見，並兼顧實務運作情況後，方刪除「違反其意願」等文字，使行為人一旦以強制力性侵害被害人，即當然推定「違反意願」，並避免再以「被害人意願」作為判斷刑法第 221 條與第 227 條之適用標準⁴⁰。

按，現行刑法第 221 條中之「違反其意願」要件與強制手段之關係，乃是學說上討論已久的議題，多數認為「違反其意願」係屬一種強制結果，是以無論是現行法或研擬中之草案，「強制」均係作為構成要件的一部分而有檢驗必要，重點只是在於「如何認定是否構成強制」的標準：被害人有反抗行為，固然能證明行為人對其實行強制手段，惟並不能依此反面推論「只要被害人外觀未見明顯的抗拒動作，即屬未受強制狀態」，亦即被害人縱因害怕、為保全雙方關係甚或生命安全而放棄反抗，仍有可能處於被強制的狀態，從而行為人仍可成

³⁹ 月旦 e 週報第 399 期(最後瀏覽日 2011.06.01)

⁴⁰ 月旦 e 週報第 399 期(最後瀏覽日 2011.06.01)

立強制性交罪。但，究竟妨害性自主罪之解釋方式，是否僅是增刪幾個文字就能解決，均值得進一步觀察⁴¹。

再者，關於本罪客體年齡之規範，古時唐代詩人李白的「長干行」一詩中有「十四為君婦..」，唐代詩人崔顥的「王家少婦」一詩中有「十五嫁王昌..」，姑且不論古代人早婚是因為平均壽命較低或是為增殖人口等原因，至少當時在 14、15 歲時是允許結婚生子，甚至女子若超過二十歲再嫁都尚嫌超齡⁴²。反觀，現代資訊發達，14、15 歲少年男女之性知識或許不亞於古代同齡少年男女，況且多數少年男女甚至營養過剩，導致性早熟，其身心發展成熟度難道會低於古代人？但又換個角度而言，是否正因現代資訊發達，少年男女性早熟，性觀念又遠比古代開放許多，少年男女間縱使發生性行為也不會抱著非君不嫁、非君不娶從一而終的心態，導致性病氾濫、墮胎盛行、家庭社會問題，反而更應該設法去保護他們。

不過，不論如何，幼年男女的身心尚未健全發展而需要被特別保護的觀點是自古皆然，也是人類想保護下一代的天性，只是受保護對象的年齡設定以及保護的方式有所不同罷了。因此，究竟該以幾歲的年齡做為絕對保護標準或相對保護標準，或是針對何種對象搭配刑罰以外較為柔性緩和的處遇方式，需檢視現今性價值觀、國民衛生健康、平均身心理發展成熟度等，引進專家協助被害人並對犯罪人人格做出鑑定與適切處遇方式，並將刑法與民法婚姻一章、兒童及少年性交易防制法、兒童及少年福利與權益保障法、性侵害防治法、少年事件處理法等相關法規一起通盤考量規範，而非哪一個法條被批評明顯悖離社會觀感，就修哪裡，頭痛醫頭、腳痛醫腳。

⁴¹ 月旦 e 週報第 399 期(最後瀏覽日 2011.06.01)

⁴² 張峪嘉，性犯罪的刑事立法規範~以性自主權的保障為核心~，政治大學碩士論文，2005 年。



第四章 主觀構成要件之探討

一個犯罪之成立，需該行為具備不法構成要件該當性、違法性、有責性(罪責)。而不法構成要件一般係由客觀構成要件與主觀構成要件所組成。前者係對構成要件行為及其重要相關事項之外在描述，而主觀構成要件是對行為人行為時之內在心理狀態之描述，又可分為一般主觀構成要件要素與特別主觀構成要件要素。一般主觀構成要件要素係指在故意犯中，行為人需有構成要件之故意(對構成要件事實有認識並使其實現的意欲)，特別主觀構成要件要素係指除一般構成要件之故意外尚需具備特定意圖，例如刑法第 320 條第 1 項普通竊盜罪「意圖為自己或第三人不法所有…」。

而本章係以刑法第 227 條與幼年人性交罪為主軸，探討其主觀構成要件等問題。

第一節 一般主觀構成要件

第一項 故意之概念

我國刑法第 13 條第 1 項規定「行為人對於構成犯罪事實，明知並有意使其發生者，為故意」。第 2 項規定「行為人對於構成犯罪事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論」。所謂故意至少包含「知」與「欲」兩個要素。「知」即對犯罪事實之認識(明知、預見)，「欲」即(有意使其發生、發生不違背本意)。又故意類型就目前學說與實務皆肯認至少有直接故意(第 13 條第 1 項)與間接故意(又稱未必故

意，第 13 條第 2 項)二種¹。其實，在故意理論的討論中，有學者²認為故意要素除了認識外，不需有意欲要素，其認為只要行為人認識到附帶的構成犯罪事實發生的可能性，而仍實施該行為，即具間接故意³。

但多數學者肯認意欲要素，認為除了需行為人對犯罪事實有認識，尚需行為人主觀上對犯罪事實有意欲，並提出容任(認)理論——認為行為人預見構成要件實現之可能性並對此容任(容認、容忍、接受)，即具故意⁴，但容任不等於積極希望，而是對結果的實現採取聽任其發生的態度。但是，要依照何種標準或證明行為人容任了結果的發生，學說又有所謂防果意思表現理論——指行為人認識附隨結果發生的可能性，除非其行為表現出防止該結果發生的意思，否則即具間接故意。

第二項 與幼年人性交罪之故意內涵

因此行為人除了客觀上未違反客體之意願，主觀上有與被害客體為性交行為之直接故意與間接故意外，是否尚須對被害客體之年齡有所認識，實務與學說向來有肯定、否定二個論點，茲說明如下。

第一款否定說(對被害人年齡不需有認識)

採此說者認為行為人主觀認知或心態不易得知且本條文之立法意旨係鑑於未滿十六歲人，身心發育未臻成熟，欠缺健全性判斷及同意能力，故特設明文以茲保護，是該罪以被姦淫之被害女子事實上未滿 16

¹ 林鈺雄，新刑法總則，2011 年 9 月。最高法院 95 年台上字第 772 號判例：「刑法第 13 條第 1 項規定...即學理上所稱之直接故意，需行為人對於構成犯罪之事實具備明知及有意使其發生之兩個要件。」

² 黃榮堅，刑法解題—關於故意與過失，刑法問題與利益思考，初版，1995 年 6 月。

³ 黃榮堅，刑法解題—關於故意與過失，刑法問題與利益思考，初版，1995 年 6 月

⁴ 林鈺雄，新刑法總則，2011 年 9 月。林山田，刑法通論(上)，十版，2008 年 1 月。

歲已足，不以行為人明知其年齡為要件(參照 60 年臺上 877 號判決、88 年臺上字第 268 號、88 年臺上字第 5870 號判決、92 年訴字第 1027 號判決)。最高法院 74 年臺上字第 5112 號判例認為：「刑法第 227 條之姦淫少女罪，因該罪之立法意旨在保護少女之健康，只以女子被姦淫時**事實上未滿十六歲為已足**，犯人對此有否認識，均不影響犯罪之成立。」

因此有學者認為行為人是否知悉被害人之年齡，基於徹底保護青少年及兒童之身心發展，行為人對兒童及青少年之年齡，不以其主觀上有認知為必要⁵，亦即行為人是否知悉被害人之年齡僅是客觀處罰條件而非構成要件要素。

第二款肯定說(至少要對被害人之年齡有間接認識)

此說認為行為人對被害客體係未滿 16 歲之人至少有間接認識方可成立本罪，至於行為人認識被害人之年齡範圍究屬 14 歲以上未滿 16 歲或是未滿 14 歲者，並非所問。蓋自刑法第 227 條各項構成要件合併觀察可知刑法係禁止故意與未滿 16 歲之人性交或猥褻，而被害人是否年滿 14 歲僅是刑罰輕重的界定標準。因此，與青少年性交罪之構成要件及與兒童性交罪之構成要件二者間具有實質法條競合關係，後者為前者之加重構成要件，後者之於前者具有特別關係。⁶

最高法院 62 年第 1 次刑庭庭推總會決議(三)謂：(舊)刑法第 221 條第 2 項準強姦罪不以行為人明知被害人未滿十四歲為必要，其有姦淫未滿 14 歲女子之**不確定故意者**，亦應成立本罪。蓋此決議只是強調該

⁵ 曾淑瑜，刑法分則實例研習-國家、社會法益之保護，初版，三民書局，2009 年 2 月，頁 302 以下
李清泉，刑法第一講，2006 年 8 月，頁 601

⁶ 鄭逸哲，與未滿十六歲性交罪屬故意犯?，月旦法學教室，第 42 期，2006 年 4 月。

罪構成要件之故意認定，不以直接故意為必要，有不確定故意即可，並非認為行為人對於客體可以完全不需認識。

91年台上字第3597號裁判要旨謂：「..(舊)刑法第221條第2項準強姦罪不以行為人明知被害人未滿十四歲為必要，其有姦淫未滿14歲女子之**不確定故意者**，亦應成立本罪。嗣為擴大保護兒童少年之健康，消弭以兒童、少年為性交易對象，爰將刑法第十六章之妨害風化章修正為妨害性自主罪，並制定兒童及少年性交易防制條例第23條第1項..其中有關被害人年齡之認識，亦當持同一見解，始足以貫徹維持兒童少年健康。」

又如70年台上字第1269號裁判要旨：本罪之構成要件故意不以直接故意為限，**間接故意亦足以成罪**，故如行為人不知被害人究竟幾歲，但自被害人之言行舉止可見其年稚無知可欺，竟然甘冒可能該當本罪構成要件行為之危險，而與被害人為性交或猥褻行為者，即具本罪之間接故意⁷。

因此，採此論者認為行為人被害人之年齡要有認識(含間接故意)為構成要件要素。若為誤認被害人年齡已滿16歲，顯與該罪之構成要件不符。(參照88年臺上字第5756號判決，91年臺上字第3597號判決)。

再者，法務部(93)法檢字第0930801498號函針對雲林地檢署所提之相同問題研究意見同採此說⁸，理由約略如右：

(1)刑法第12條第1項規定，行為非出於故意或過失者，不罰。所謂故意，需行為人對於構成犯罪之事實具有認識，始能成立。…而所謂

⁷ 盧映潔，刑法分則新論，新學林出版，2008年8月。

⁸ 法務部(93)法檢字第0930801498號函

構成犯罪事實，舉凡行為、行為主體、行為客體、行為情狀以及行為結果等，均屬之。是以，行為人對於行為客體具有認識，始能成立故意犯罪。

(2)雖 56 年台上字第 2910 號判例認為刑法第 227 條不以行為人明知被害人未滿 16 歲為必要條件，惟查該判例意旨僅是強調行為人成立本罪時不以「明知」被害人年齡為要件，縱非明知，如係具有未必認識時，亦可成立本罪。因此最高法院 71 年台上 7726 號判例、72 台上 5051 號等判例亦均認為有姦淫 14 歲以上未滿 16 歲女子之不確定故意，應即成立本罪。惟 74 台上 5112 號判例則認為「刑法第 227 條之姦淫少女罪，因該罪之立法意旨在保護少女之健康，只以女子被姦淫時事實上未滿 16 歲為已足，犯人對此有否認識，均不影響犯罪之成立。」此種誤解不但與故意法理有悖且與刑法第 13 條有關故意之定義不符。

(3)倘貫徹 74 台上 5112 號判例意旨，則應不問已未婚都在保護之列。惟司法院 29 年院字第 2032 號解釋則認為本罪客體應以未婚女子為限，足徵司法實務上並未以年齡為唯一認定依據。

(4)法律為公平之準繩，雙方當事人利益應兼籌並顧，倘僅以被害人實際年齡為準，對被害人保護固甚周到，但行為人行為當時認識如何，亦應顧及，否則即有失偏頗。

第三款 小結

主觀構成要件上採否定說（絕對保護立場）之論者固有其良善立意，否則將使行為人從事性行為時怠於查證了解對象之年齡，且使媒介幼年人性交易之色情業者更為猖獗，只要刻意打扮，讓外觀看起來比較成熟，行為人就可以辯稱誤認被害客體已年滿 16 歲，而置身事外。況

且，本罪規範初衷係既是認為幼年人身心發展尚未成熟，縱同意發生性交猥褻行為，其同意效力仍被認為有瑕疵，因此行為人仍須處罰，何以今日卻可僅因被害客體看起來比較成熟就被排除保護，畢竟生理發育成熟不等於心智成熟。一般民眾多站在絕對保護幼年人之立場，認為應以被害客體實際年齡為保護基準，外觀成熟度並非所問，因此，若有行為人辯稱因被害客體外觀成熟而誤認被害客體已滿 16 歲而與之性交而被法院判無罪者，類似案例常常會被媒體特別刊載撻伐⁹。

筆者以為，肯定說(相對保護立場)之論點亦非無據，按我刑法第 12 條規定，行為非出於故意或過失者不罰，第 2 項則規定過失行為之處罰以有特別規定者為限。本罪有處罰未遂犯卻未處罰過失犯，可見本罪係以規範故意犯為前提，因此倘行為人對被害客體之年齡毫無認識，不應僅以事實上被害人係未滿 16 歲之男女，就處罰行為人。若採絕對保護說之立場，不論行為人是否有認識被害客體年齡皆須處罰，係混淆客觀

⁹ 聯合報 2006.02.09 『11 歲看似 18 歲和她嘿咻判無罪』；蘋果日報 2006.02.09 『離譜. 姦 11 歲女童竟無罪』(瀏覽日期 2012.12.01)。案件事實略為：台中市民洪○○被控與十一歲蹺家少女發生性行為被起訴，法官查出少女發育良好、又會騎機車，讓洪○○誤以為對方已滿十六歲，昨天判決無罪。起訴此案的檢察官表示，刑法立法目的是在於保護少女的身體健康，被害少女當時年僅十一歲，還是兒童，雖外貌看來像大人，但心理仍不成熟，無法做正確判斷，將等收到判決書後上訴。檢方起訴指出，洪○○(廿六歲)去年六月上網認識這名少女，同月廿四日約在台中市繼光街見面，少女詢問可否借住在他住處，洪○○表示不方便，騎機車帶少女到台中大飯店住宿，兩人發生性行為，少女後來控告洪○○。台中地院審理時，洪○○辯稱他一直以為少女已經年滿十六歲，因為穿著很時髦，行為很開放，並說她曾做過檳榔西施，又向他借騎機車，外表看來像十八歲，少女主動脫掉衣服挑逗他，才與她發生性行為，事後幫她租房子、並陪她去算命、求職，直到到警局做筆錄時，才知少女真實年齡。法官查出少女到就業服務中心、童裝行求職的履歷表，以及算命時都登記為十七、八歲，因蹺家怕被家人及警察找到，所以隱瞞實際年齡。證人童裝行女老闆供稱，少女身高一百六十公分，外表就像在履歷表寫的十七歲一樣，才雇用少女。少女出庭時法官也認為她發育良好，像十七、八歲，染髮，面貌雖年輕，卻無稚嫩狀，且對答流利、舉止沈穩，雖未滿十二歲，但舉止成熟度均不亞於一般高中生，更驚訝的是會騎機車。法官強調，被告認為少女為十七、八歲，並非沒有理由，因此判決無罪。婦女保護團體一聽，直呼不可思議，擔心形成判例，以後加害人都以此脫罪。婦女團體的擔憂不是沒原因，現在未成年的男女，普遍發育都超好，要是中輟，或是翹家，在外頭混，也都裝扮比同年齡成熟，不過都還是應該被保護，不過法官強調，這件純屬特殊個案，類似案件，還是會審酌被告欺負未成年者的情節，給予嚴格制裁。(聯合報)

構成要件與主觀構成要件，以客觀構成要件判斷取代主觀構成要件判斷¹⁰，且將造成『行為不論出於故意或過失都罰』，是一種無過失責任的觀點，如此，有違刑法無罪推定原則及謙抑思想。況且容易讓行為人動輒得咎，行為人縱使極盡查證之能事仍可能誤觸法典，況且，基於個人資料保護，除非被害客體主動願意提供正確之身分證件，否則行為人對於被害客體基本資料之了解亦相當有限，短時間內從一個人的言行判斷被害客體年齡，實屬不易。

再者，筆者以為，民法第 83 條¹¹規定限制行為能力人若能使用詐術使人相信其有行為能力，則所為法律行為於特殊情形下例外強制其有效。倘限制行為能力人運用詐術所為之法律行為都可於特定情形讓其生效，何以當限制行為能力人同樣用詐術使人信其為已滿 16 歲，而本能地為性交猥褻之事實行為時，卻要一概給予禁止或保護，只因是『性』。

因此，本文以為在未有更適切的修法之前(例如導入過失犯之概念減輕其刑或對於因誤認被害客體已滿 16 歲之行為人不予處罰但仍需有其他特殊處遇或保安處分做為警惕)，仍不宜採絕對保護幼年人之立場。另外，建議目前可藉由對於行為人間接故意之內涵採較寬鬆之解釋，由司法官依個案具體考量行為人與被害人認識的場合或共同朋友或外觀言行或行為人是否有進行查證等狀況整體判斷行為人是否抱有未必故意之僥倖心態而與未滿 16 歲男女發生性行為，希冀給予青年人較多的保護。

¹⁰ 高金桂，連續對幼年人性交之論罪，月旦法學教室，2009 年，第 38 期。鄭逸哲，與未滿十六歲性交罪屬故意犯？，月旦法學教室，第 42 期，2006 年 4 月。

¹¹ 民法第 83 條：「限制行為能力人用詐術使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許者，其法律行為為有效」。

第二節 特別主觀構成要件

主觀構成要件係指行為人行為時內在心理狀態之描述，又分為一般主觀構成要件要素與特別主觀構成要件要素。一般主觀構成要件要素係指在故意犯中，行為人需有構成要件之故意(知與欲)，如前所述，而特別主觀構成要件要素係指除一般構成要件之故意外尚需具備特定意圖(例如刑法第 320 條為自己或第三人『不法所有』之意圖；刑法第 201 條『供行使之用』之意圖)，藉由特定意圖的限制將不具法定意圖的故意行為排除在可罰行為之外。學者¹²一般將意圖分成三類犯罪類型：(1)意圖犯(或稱目的犯)，係指以一定目的而為行為之犯罪，例如刑法第 320 條之『不法所有』意圖，或刑法第 169 條誣告罪中『意圖使他人受刑事或懲戒處分』。(2)表意犯(或稱表現犯)，指行為人表現其心理過程或狀態而為行為所成立之犯罪，例如刑法第 168 條偽證罪。(3)傾向犯，係指行為人實現其主觀傾向之行為所成立之犯罪。例如刑法第 224 條強制猥褻，除了故意外尚需出於性滿足。

然而，與幼年男女性交罪中，行為人除了需有刑法第 10 條所定義性交行為之故意外，是否尚需具備性滿足之意向，向來有肯定否定二種見解。

第一項 肯定說

「傾向犯」係指行為人除一般故意外尚需具備特殊心理傾向。論者謂性犯罪是一種傾向犯，性傾向是判斷行為人的特別主觀要件要素，而

¹² 林東茂，刑法綜覽七版，2012 年 8 月。

被害人意願之違反係屬客觀構成要件要素¹³。性侵害不同於其他妨害自由的侵害，若基於雙方意願下發生，雙方都可從中得到慰藉與滿足，但一方不願意之情況下，就有人淪為性客體，因此是否基於性慾滿足下所實施之行為是重要之判斷。

因此有學者¹⁴認為在以器物進入他人性器或肛門之行為時，雖客觀上亦屬性交，主觀上應加以限制，否則即與罪刑法定原則有違。例如行為人非基於性慾之滿足將打氣筒條管塞入肛門，打氣後致使被害人重傷，該行為人應成立重傷罪或傷害致重傷罪，而非強制性交罪¹⁵。

實務亦有持相同看法者，例如最高法院 96 年台上字第 644 號判決：『… 按民國八十八年四月二十一日修正公布之刑法第十條第五項第二款規定，以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門之侵入行為，亦屬性交行為。惟適用該項之規定，除行為人客觀上要有以身體或器物侵入他人性器之行為外，行為人主觀上尚須要有性交之意識，亦即以該侵入行為，興奮或滿足自己性慾之性意識，始克當之，而此行為人主觀之性意識，並非單以被害人有無羞辱感為依據。…』

又例如臺灣高等法院 101 侵上訴第 159 號判決：『惟按每個人均有性自主權，為性權利之主體，固不殆言，而當身體被他人不當接觸或侵害，法院於評價或涵攝該行為是否屬性侵害行為時，對於實施侵害者本人為該行為時之主觀動機犯意、該侵害行為之態樣及實施時之客觀環境情狀、被害人之主觀意願和心理感受等，均應同時加以探究與評價。查

¹³ 林東茂，刑法綜覽七版，2012 年 8 月。李彥光，論刑法上性交、猥褻與性騷擾之界限，東吳大學碩士論文，2009 年 9 月。

¹⁴ 甘添貴，強制性交之評析與適用，刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集，2000 年 6 月。

¹⁵ 林東茂，刑法綜覽七版，2012 年 8 月。

本件被告以強暴之方式，違反 A 女之意願，以手指進入 A 女之陰道，客觀上雖符合刑法第 10 條第 5 項所稱之性交定義，惟因被告以手指進入 A 女陰道，其目的僅係單純檢查 A 女陰道有無其他男子之精液殘留，主觀上並無性交之意識存在，而無妨害性自主之犯意，依前開說明，尚難逕認被告所為與強制性交罪之主觀要件相符，自難以該罪相繩。…。』

第二項 否定說

但有學者¹⁶及實務¹⁷認為強制性交罪章保護的係性自主，行為人之性傾向根本不重要，重點是被害人是否因該舉動受到性自主權與身體控制權的侵害，且外觀上呈現性的關聯即可，如此也才可與侵犯其他身體或自由的行為加以區別。

實務上有持相同見解者，例如最高法院 100 年台上字第 1336 號判決理由謂：「…。 祇要行為人非基於正當目的而為該項所定之性侵入行為，即屬刑法第十六章妨害性自主罪章所稱之「性交」，並不以行為人之主觀犯意在滿足其個人之性慾為必要。…。」

又例如最高法院 99 年台上字第 1997 號判決理由：「…。 上訴人以高粱酒瓶插入 A 女生殖器內使之接合，既非基於醫療或其他正當目的而進入，自屬刑法第十條第五項第二款之『以性器以外之器物進入他人之性器』之性交行為，且該條項款所定「性交」定義，本不以滿足行為人之性慾為必要。況且，上訴人坦承於案發當日命 A 女脫去衣物後，曾質問 A 女是否為處女，又證人黃○○在原審證稱：於將高粱酒瓶強行插入

¹⁶ 盧映潔，由強吻案談起，台灣本土法學雜誌，2003 年 1 月。盧映潔，強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？月旦法學雜誌，第 171 期，2009 年 8 月。

¹⁷ 最高法院 100 年台上字第 3923 號判決、司法院院字第 1042 號解釋亦持相同見解。

A女陰道內時，有人問A女是否很爽，好像是上訴人說的等語。上訴人與○○等三人雖為催討五百元欠款之事，共同毆打A女，惟何以致A女身體多處受傷後，渠等又要A女脫衣、問其是否為處女及是否很爽等富性意味之言詞、繼命A女躺臥在地，由上訴人以酒瓶插入其陰道，復命黃○○以手機拍錄上開畫面，且在此過程中，並未有人出言催A女還錢，可見渠等所為非單純之傷害犯意可資比擬，要無疑義。而上訴人智識正常且已婚，已有婚姻性生活，當知以物體侵入女性陰道之義涵，其以高粱酒瓶之異物進入A女生殖器官內，主觀及客觀上均有對A女強制性交之故意與行為，要無疑義。…」

有學者¹⁸亦認為對於性自主決定權之保護而言，將行為人主觀之目的、動機當成被害法益是否遭侵害之判斷依據頗不合理，其舉例曾喧騰一時的「白米炸彈客」案，行為人之動機目的並非傷害他人而是抗議農業政策，維護農民權益，但其放置爆裂物之行為有致公共危險之虞，仍受法院重判。為何獨獨在性犯罪之認定上是以行為人有無滿足自己性慾之動機目的來決定被害人之性自主權是否遭侵害？其認為唯有當行為人表達性慾之行為相當背離被害人認知及社會大眾觀念時，此時行為人之主觀心態才需要例外被納入考慮，亦即當行為人有特殊性癖好時，其主觀心態才會例外地做為性意識事物判斷依據之一¹⁹。

筆者以為之所以在妨害性自主罪章特別強調被害人意願，係因行為係和性有關，否則，多數侵害法益之行為都不會是被害者所願意，倘強調被害者性自主權之保護卻同時將行為人主觀傾向亦納入考量，將使妨

¹⁸ 盧映潔，強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？，月旦法學雜誌，第171期，2009年8月。

¹⁹ 盧映潔，強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？，月旦法學雜誌，第171期，2009年8月。

害性自主所欲保護之性自主權失去意義，且容易讓部分行為人在基於性交故意、滿足性慾而性侵被害人後卻狡辯是基於傷害或羞辱之故意所為。

第三項 小結

隨著性自主權意識高漲、對兒童青少年身心發展保護之共識漸增，加上社會風氣開放、色情資訊氾濫與性伴侶多元化，性慾的表達與發洩漸趨多樣性，導致性侵案件的態樣不一，且有愈益殘暴之傾向²⁰，而原有刑法關於傷害、重傷、強制性交之規定顯然對幼年男女或性自主權的保護欠缺周延，尤其對於有特殊癖好之暴力犯或戀童癖者難以給予嚴懲及矯治，因此我刑法才會在民國 88 年及 94 年相繼擴大性交之定義並規範強制治療之情形，而刑法第 10 條第 5 項所規範關於性交之定義，應是考量該數種行為客觀上在現實社會裡常常是一種性慾的表達或發洩，同時也容易讓被害人有性自主權被侵犯之聯想。況且，行為人本可以選擇許多方式去傷害或重傷害他人，何以要選擇實施在客觀上容易讓人產生性聯想的行為後卻推說該傷害行為與性慾無關。再者，行為人主觀上是否隱含有性慾的傾向，真的只有行為人自己知道。

因此，行為人之性慾是否被滿足或有無此等傾向皆非妨害性自主罪所評價關心。因此筆者以為採否定說為宜，亦即主觀要件要素上不需具

²⁰ 1996 年台中市一名 5 歲女童慘遭惡徒用竹竿戳入下體凌虐，長達 180 公分的小腸和子宮被拖出體外壞死，下體血流如注，後雖送醫搶救撿回小命，但女童小腸只保住 8 公分，無法進食吸收營養，去年終因長期營養不良引發多重器官衰竭，以 18 歲芳齡逝世。當年兩度坦承犯下這起人神共憤惡行的嫌犯謝○○（46 歲），歷經法院 9 次審理，因事後翻供，加上警方蒐證、指證程序犯嚴重錯誤，昨被最高法院判決無罪確定。當時指揮辦案的台中市警局訓練課長陳○○昨說，謝嫌應訊時坦承罹患疝氣，無法勃起，但看見小女生難掩性衝動，才會以竹竿猥褻女童...。(2010.01.22 蘋果日報網路新聞，瀏覽日期 2013.04.18).

備特別性傾向，只要被害人因該行為人之舉動而受到侵犯，而該行為對該被害人性自主權與身體控制權的侵害，外觀上呈現性的關聯即可。

第三節 相關問題之探討

第一項 未遂

刑法第 25 條第 1 項規定：『已著手於犯罪行為之實行而不遂者，未遂犯。』本罪既遂之認定只要行為人對於被害客體有認識，在未違反被害客體之意願下，行為符合刑法第 10 條關於性侵入行為之定義即屬既遂。而既遂以外便是未遂之討論範圍。又刑法第 25 條第 1 項規定：『未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之』。

本罪有處罰未遂犯，若行為人與 7 歲以上未滿 16 歲女性性交未遂（依最高法院 99 年第 7 次刑庭決議，客體未滿 7 歲適用刑法第 222 條第 2 款），如是基於性交故意而已達猥褻既遂之程度，仍應依本罪之性交未遂罪處罰而非猥褻既遂罪處罰。至於性交行為的著手時點與行為人究屬性交故意或猥褻故意除考量行為人所陳述之內容外，尚需從客觀上整體認定²¹。例如：行為人撫摸被害人胸部並將被害人之內褲褪下時正巧被巡邏員警發現而制止，可認為是行為人基於性交故意之成份較大。

²¹ 林山田，刑法各罪論(上)，2006 年 11 月。

第二項 構成要件錯誤

故意既遂犯之成立必須行為之主客觀相互對應，而當構成要件中行為人主觀所認識與客觀事實不一致時，就是刑法上所謂之錯誤。質言之，當刑法條文有要求行為人主觀上必需認識到客觀面的犯罪成立要件，就有發生錯誤的可能。因此，客觀處罰條件與阻卻刑罰事由等純粹客觀的犯罪成立要件中，多數學者認為並無錯誤之問題。因此，接下來關於錯誤之案例討論，其前提便是認為刑法第 227 條中除客觀構成要件上被害客體年齡需符合一定之年齡外，主觀構成要件上，行為人尚需對被害客體之年齡有所認識(亦即行為人對被害客體年齡是否有認識是主觀構成要件而非客觀處罰條件)，才有可能成立本罪之故意。

又，在認識之程度與範圍上，行為人僅需對被害人係未滿 16 歲之人，有直接或間接之認識即可。至於行為人認識被害人之年齡範圍究係未滿 7 歲或未滿 14 歲或未滿 16 歲，只是影響刑罰之輕重，不阻卻故意。換言之，當行為人對被害人係未滿 16 歲人，連間接故意之成分都沒有時，則可能形成構成要件錯誤而得以阻卻故意。茲將可能發生錯誤的情形討論如下：

案例一、甲男(20 歲)誤以為乙女已滿 16 歲而與之合意性交(甲男無間接故意)，不料，乙女之實際年紀為 15 歲。本例中因甲對於乙女為未滿 16 歲之人欠缺認識，主客觀發生錯誤，形成不等價之客體錯誤²²，阻卻本罪之故意，頂多成立過失犯，本罪不罰過失犯，因此甲男無罪。

案例二、甲男(20 歲)誤以為乙女未滿 16 歲而與之合意性交，不料，

²² 按行為人主觀上想要侵害的客體與客觀上實際遭到侵害的客體在刑法上的評價是否一致而區分等價客體錯誤與不等價客體錯誤，前者不阻卻故意，後者則對目標客體成立未遂犯，對誤認之實際客體成立過失犯。

乙女之實際年紀已 20 歲，主觀上雖有與未滿 16 歲女子性交之故意，但客觀上並無未滿 16 歲之客體存在，屬不能未遂²³，依刑法第 26 條「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰」。又刑法並不處罰過失與成年人合意性交之罪，因此甲男之行為不犯罪。

案例三、甲男(20 歲)誤認乙女已 15 歲而與之交往並合意性交，不料乙女實際年紀為 13 歲。對於此等情形，鄭逸哲氏認為因甲男對於客觀上乙女係未滿 16 歲之人有所認識，乙女實際上亦為未滿 16 歲之人，縱甲男誤認為乙女為 15 歲，乙女實際上乃未滿 14 歲之人，仍不阻卻故意，不發生客體錯誤問題，甲男仍需依本罪第一項與未滿 14 歲男女為性交處罰。蓋自刑法第 227 條各項構成要件合併觀察可知刑法係禁止故意與未滿 16 歲之人性交或猥褻，被害人是否年滿 14 歲僅係刑罰輕重的界定標準。²⁴。因此，主觀構成要件上，多數見解雖認為行為人應對客體之年齡至少有未必故意之認識存在，方可成立本罪，但在認識之範圍或程度上採寬鬆見解，認為行為人只要認識客體可能是未滿 16 歲之人即可，並無須明確認識客體究屬 14 歲以上或是未滿 14 歲甚或是 7 歲以上或未滿 7 歲者。

案例四、甲男(20 歲)以為乙女才 12 歲，干冒風險與之合意性交，不料乙女因發育比較晚，實際年紀已 15 歲。因甲男對於乙女為未滿 16 歲之人有所認識，而乙女也確為未滿 16 歲之人，不發生客體錯誤之問題，不阻卻故意，甲男依本罪第 3 項與 14 歲以上未滿 16 歲之人性交罪

²³ 由錯誤理論觀，不能未遂的行為人，誤以為事實上不存在的客觀構成要件犯罪事實存在，而與一般構成要件錯誤理論恰好相反，因此有學者稱此為反面的或逆轉的構成要件錯誤。(林山田，刑法通論上十版，2008 年 1 月。)

²⁴ 鄭逸哲，與未滿十六歲性交罪屬故意犯？，月旦法學教室，第 42 期，2006 年 4 月。

處罰。

案例五、甲男(20歲)有戀童癖，以為乙童足7歲，誘騙女童同意讓其以手指插入下體。但女童實際上為6歲(未滿7歲)，依最高法院第99年第7次刑事庭會議決議，認為只要被害客體未滿7歲，縱未違反意願皆依刑法第222條第1項第2款處理，而無本罪277條適用之餘地。況且甲男對乙女為未滿14歲之人有所認識而乙女也確實係未滿14歲之人，不發生錯誤，不阻卻故意。

案例六、甲男20歲誤以為兩性生殖器接合才是性交，怕犯罪，遂請15歲小女友幫自己口交。甲男知道與未滿16歲之人合意性交係犯法但誤以為口交非刑法所定義之性交，因此不犯法，此種錯誤係對法令的誤認，係包攝推論錯誤。依我通說認為包攝推論錯誤不阻卻故意。本例甲仍成立刑法第227條第3項之罪。

第三項 被害者的教唆

倘被害者教唆行為人與自己為性交，是否同時成立本罪之教唆犯？按最高法院81年台非字第233號判例²⁵認為：「共犯在學理上，有『任意共犯』與『必要共犯』之分，前者係指一般原得由一人單獨完成犯罪而由二人以上共同實施之情形，當然有刑法總則共犯規定之適用；後者係指需有二人以上參與實施始能成立之犯罪而言。且『必要共犯』依犯罪之性質，尚可分為『聚合犯』與『對向犯』，其二人以上朝同一目標

²⁵ 最高法院91年台上第3929號判決、93年台上第4499號判決、98年台上第5551號判決，採相同見解。

共同參與犯罪之實施者，謂之『聚合犯』，如刑法分則之公然聚眾施強暴、脅迫罪、參與犯罪結社罪、輪姦罪等是，因其本質上即屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實施或在場助勢等參與犯罪程度之不同，而異其刑罰之規定時，各參與不同程度犯罪行為者之間，不能適用刑法總則共犯之規定外，其餘均應引用刑法第 28 條共同正犯規定。而『對向犯』則係二個或二個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄絡、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，苟法律上僅處罰其中部分行為者，其餘對向行為縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯，若對向之二個以上行為，法律上均有處罰之明文，當亦無適用刑法第 28 條共同正犯之餘地。」

查本罪係以未違反被害客體意願為前提，屬必要共犯之下位類型「對向犯」之一種，因此被害人縱有教唆或幫助等助力，依上述最高法院 81 年之判例仍排除刑法總則共同正犯、教唆犯、幫助犯之適用。有學者認為構成要件所欲保護之被害人，不會因其參與對向犯構成要件的實現而具有可罰性，其主要理由並不在於必要共犯概念本身，而是欠缺共犯的處罰基礎，換言之，任何人都無法以具有刑法意義的行為方式攻擊自己的法益，例如：囑託他人殺害自己未遂時，囑託者不構成教唆殺人未遂之理由並非因刑法第 275 條第 1 項後段的性質屬對向犯，而是處於被害人地位的囑託者不能構成屬於加害人之一的教唆犯。當然，行為人是否為構成要件保護法益之持有人，必須依立法意旨判斷。因此，該學者認為對向犯並不具備釋義學上存在之實益，頂多僅是現象的描述，亦即釋義學上對此參與行為不罰之觀點在於行為人是被害人，而與該行

為在構成要件實現上是否係屬必要無關，更與該行為與可罰行為間是否具有對向關係無關。²⁶



²⁶ 對向犯之研究，許澤天，成大法學，2010年6月。

第五章 本罪與他罪之關連性

我刑法雖針對行為人侵害性自主權之程度高低或行為之態樣或被害客體與行為人之關係而有不同之處罰設計，然而犯罪行為態樣總是包羅萬象、日新月異，涵攝到法律條文時難免有適用上之疑義，爰以本罪為中心探討與他罪之關聯性，並在連續行為或接續犯之處理上略舉數則實務判決供參酌。附帶說明，本文討論之行為仍以性交為主軸，猥褻行為則不在討論之內。

第一節 與強制性交罪之關係

刑法第 227 條適用是在未違反客體意願下所成立，若行為人以強暴脅迫等強制手段¹壓制幼年人意願而為性交行為應非本罪適用範圍而是應適用刑法第 221 條強制性交罪，不生競合問題，蓋強制性交罪著重在施強制手段以壓制被害人意願，而與幼年人性交罪乃以客體年齡因素而為保障其身心健全，前後兩者最大區別係後者係在和平情況下所為。強制性交罪之客體若是未滿 14 歲之幼年人，刑法另有加重處罰之特別規定(刑法第 222 條及 224 條之 1)。茲特別說明者，最高法院 99 年第 7 次刑事庭決議認為：「…被害人未滿 7 歲者，因其無從表達「不同意」之意思，竟令行為人僅須負刑法第 227 條第 1 項之對於未滿 14 歲之男女為性交罪責，法律之適用顯然失衡…」，因此，最高法院之決議使得當被害人係未滿 7 歲者時，縱其手段並未違反客體意願，仍一律適用刑法第 222 條第 1 項第 2 款之加重違反意願性交罪。

¹ 有學者認為強制性交猥褻罪雖必須以強制手段為必要，但應容許「低度強制手段」或形成「低度強程度」即可。不以行為人施強暴、脅迫、恐嚇、催眠術為必要，只要行為人製造一個使被害人處於無助而難以反抗或逃脫之狀態，即屬強制手段。例如行為人在牆邊或捷運上以身體阻擋被害人逃脫而性侵。(王皇玉，引狼入室，月旦法學教室，第 87 期，2010 年 1 月)

第二節 與乘機性交罪之關係

案例：甲男(20歲)見乙女(15歲)智能障礙可欺，以玩具零食做交易，引誘乙女與其性交。甲應論以刑法第225條或是第227條之罪？

按刑法第225條第1項規定「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」。本罪需被害人不能或不知抗拒之原因非出於行為人所為且無共犯關係，僅是行為人利用此時機以行性交行為。最高法院71年台上字第1562號判例：「刑法第221條第1項強姦罪、第224條第1項強制猥褻罪，與第225條第1項乘機姦淫罪、同條第2項乘機猥褻罪，其主要區別在於犯人是否施用強制力及被害人不能抗拒之原因如何造成，為其判斷之標準。如被害人不能抗拒之原因，非出於犯人所為，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，犯人乘此時機以行姦淫或猥褻行為者，則應依乘機姦淫或乘機猥褻罪論處」。

又所謂「其他相類之情形」依102台上字第88號判決謂「…。刑法第二百五條第一項之乘機性交罪，須被害之男女不能或不知抗拒之原因，非出於犯人所為，而犯人僅乘此不能或不知抗拒之時機，以為性交，始有其適用；又該條文所謂相類之情形，係指被害人雖非精神、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…」²。

² 最高法院73年台上字第2526號判決、96年台上字第4376號判決持相同見解。

又倘被害人係遭第三人網綁而難以動搖，第三人離去現場後，行為人偶然撞見此狀，竟生淫念而利用此情狀，未得被害人同意而對被害人為性交或猥褻，行為人是否符合乘機性交罪？有學者持否定見解，認為改論以強制性交猥褻罪。蓋被害人遭網綁狀態固非行為人所致，然此時被害人並非處於無法表達意願之狀態，與本罪所稱其他相類情形有所不同³。

至於「單純熟睡」是否屬『其他相類之情形』，臺灣高等法院 93 年庭長法律問題研討會曾對相關問題認為應論刑法第 225 條之罪，理由略為：「按甲男乘酒興侵入乙女臥室，於其熟睡施以姦淫，是對於婦女乘其心神喪失相類之情形，不能抗拒，而姦淫之，原判決依刑法第二百二十五條第一項論處，尚無不合（最高法院 43 臺上字第 404 號判例參照）。依上開判例見解，似認利用婦女熟睡之際為姦淫行為，並無強制之手段，不符合刑法第 221 條第 1 項強制性交罪之構成要件，而應論以刑法第 225 條第 1 項之乘機性交，準此，本案例中之甲男利用乙女熟睡時對乙女為猥褻行為，自應論以刑法第 225 條第 2 項之乘機猥褻罪。至乙女雖未滿 14 歲，惟甲男乘乙女熟睡時所為之猥褻行為並無強制之手段介入，已如前述，而刑法第 224 條之一加重強制猥褻罪之成立，又須以違反意願之強制手段為前提，則本案例之甲男既未施以強制之手段，實無由成立刑法第 224 條之一加重強制猥褻罪；又乙女於熟睡中顯無同意甲男對之進行猥褻行為之可能，且本案例中乙女甦醒後已有驚叫之舉動，亦無同意之情形存在，與刑法第 227 條第 2 項合意猥褻之構成要件不符，是本案例中之甲男亦不宜以刑法第 227 條第 2 項之與幼年男女猥褻罪相繩；再者，甲男雖侵入他

³盧亨龍，性侵害犯罪審判實務之研究，司法院年報第 29 輯(刑事類)第 5 篇，2012 年 12 月。盧映潔，刑法分則新論，新學林出版，2009.08。

人住宅對乙女為猥褻行為，惟甲男之行為既不符合強制猥褻之要件，當無依刑法第 222 條第 1 項第 7 款加重之理。」。

盧亨龍氏認為是否適用刑法第 225 條尚不可一概而論，倘行為人趁被害人熟睡之際而性交或猥褻，於被害人驚醒後，行為人立即停止，則行為人仍可依 225 條論處，但若被害人驚醒後，行為人運用強制力繼續為性交或猥褻行為，則可能屬強制性交或猥褻罪之範疇⁴。

最後，就刑法第 227 條之構成要件來看，客體是未滿 16 歲之男女，構成要件行為是性交或猥褻，犯罪手段上並無其他要件之描述，因此體系解釋上刑法第 227 條適用範圍是扣除刑法第 221 條、222 條、224 條、225 條、228 條、224 條之 1 等犯罪類型後所餘類型。換言之，只要行為人不是用違反意願的手段或利用意願無法表達或意願受到干擾的狀態而對未滿 16 歲之人進行性交或猥褻，方可以刑法第 227 條相繩⁵。因此上述案例實務傾向優先適用刑法第 225 條論罪。但也有學者認為當被害人係未滿 16 歲之幼年男女而行為人係乘被害人處於精神或身體障礙等相類情形，不能或不知抗拒而為性交行為時，應依法條之補充關係，優先適用刑法第 227 條之基本規定，排除適用乘機性交罪之補充規定⁶，如此方能展現保護幼年男女之精神。

本文認為，針對被害人是未滿 14 歲男女而言，刑法第 225 條及第 227 條之刑度相同，適用上比較不會有爭論，唯有在被害人是 14 歲以上未滿 16 歲時，刑法第 225 條之刑度規定較重，筆者認為基於保護被害人之立場，認為係吸收關係之法條競合，輕罪被重罪吸收，

⁴ 盧亨龍，性侵害犯罪審判實務之研究，司法院年報第 29 輯(刑事類)第 5 篇，2012 年 12 月。林山田，刑法各罪論(上冊)，2006 年 11 月。盧映潔，刑法分則新論，一版，新學林出版，2008 年 8 月，頁 364。

⁵ 盧亨龍，性侵害犯罪審判實務之研究，司法院年報第 29 輯(刑事類)第 5 篇，2012 年 12 月。

⁶ 甘添貴，刑法各論(下)，三民書局，2013 年 6 月。

應適用刑法第 225 條。唯有在行為人能證明不是用違反意願的手段或利用意願無法表達或意願受到干擾的狀態而對未滿 16 歲之人進行性交或猥褻時，方可改以刑法第 227 條論處。

第三節 與利用權勢性交罪之關係

刑法第 228 條第 1 項規定：「對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、扶助、照護之人，利用權勢或機會為性交者，處六個月以上五年以下有期徒刑。」

當行為人對於受自己監督扶助照顧之未滿 16 歲男女，利用權勢或機會而為性交，究竟該適用刑法第 228 條或是本罪刑法第 227 條？有認為⁷應成立刑法第 228 條之罪，而非刑法第 227 條，蓋本章各罪各有其規範要件，而刑法第 227 條以客體年齡做為要件係為保障渠等之身心健全，縱客體之同意亦無刑法評價之重要性，然本罪與他罪最大之區分係本罪刑法第 227 條係在和平手段(客體同意)下所為，而利用權勢機會性交罪係行為人利用權勢關係扭曲被害人意願所為，因此應根據各案件事實分別適用，不生競合關係。但也有實務認為僅成立刑法第 227 條，最高法院 51 年台上 1214 號判例要旨：「…刑法第二百零二十七條第一項之姦淫罪，祇以被害人之年齡為其特殊要件，苟被姦女子年齡在十四歲以上尚未滿十六歲，縱使被告係利用權勢對於服從自己監督之人而為之，亦應認為被吸收於上開條項犯罪之內，不發生與第二百零二十七條從一重處斷之問題」⁸。

⁷ 盧映潔，刑法分則新論，一版，新學林出版，2008 年 8 月，頁 364。

⁸ 最高法院 69 年台上字第 155 號判決、77 年台上字第 2080 號判決、85 年台非字第 157 號判決、

亦有學者⁹認為此時二罪皆可成立，但屬吸收關係之法條競合，因而罰責較輕的利用權勢性交猥褻罪(性交處6月以上5年以下，猥褻行為處3年以下)會被吸收，而依較重之本罪刑法第227條論處。另也有學者¹⁰認為二者間係法條競和之補充關係，刑法第227條是基本規定，刑法第228條則是補充規定，應優先適用第227條之基本規定。

筆者以為，不論是法條競合之吸收關係或補充關係都是闡明應適用較重之刑法第227條論處，對幼年期保障較周全。蓋刑法第228條第1項、第2項之刑度僅分別相當於刑法第227條第2項(與未滿14歲男女為猥褻行為)，以及第4項(與14歲以上未滿16歲男女為猥褻行為)。若適用刑法第228條之結果，將造成利用權勢對未滿14歲男女為性交行為、利用權勢對14歲以上未滿16歲男女為性交行為、利用權勢對未滿14歲男女為猥褻行為，三種情形被輕判，且反而造成惡性較重大，利用權勢或機會扭曲被害人意願下所為之性交猥褻行為，反較刑法第227條平和狀態下所為之性交猥褻行為刑度輕。

第四節 與和誘罪或略誘罪之關係

行為人和誘或略誘未滿16歲之男女並與之發生性交或猥褻行為，該如何處斷？刑法第240條第1項：「和誘未滿二十歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人者，處三年以下有期徒刑。」；第3項：「意圖營利，或意圖使被誘人為猥褻之行為或性交，而犯前二項之罪

87年台非字第176號判決亦同此旨。

⁹ 林山田，刑法各罪論(上冊)，2006年11月。陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品文化出版社，二版，2009年9月。

¹⁰ 甘添貴，刑法各論(下)，三民書局，2013年6月

者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金」。刑法第 241 條第 1 項：「略誘未滿二十歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人者，處一年以上七年以下有期徒刑。」；刑法 241 條第 2 項：「意圖營利，或意圖使被誘人為猥褻之行為或性交，而犯前項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。」刑法第 241 條第 3 項：「和誘未滿十六歲之男女，以略誘論」。

所謂「和誘」係以強暴脅迫或詐術以外之不正方法，施以引誘而將被害人置於自己實力支配下之行為¹¹。誘拐方法以行為人對被誘人所施之手段如何而定，非以施於被害人家長或監護權人之手段為準¹²。和誘罪本質上已含被誘人之承諾在內，因此行為人不因得被誘人事前承諾或事後宥恕而阻卻違法。但因本條保護之法益為監督權人之監督權，若監督權人同意，自不成立本罪，倘監督權人有有數人，只要違反其中一人之意思，即可成立，行為人是監督權人中之一人，亦可能成立本罪¹³。但近年有學者¹⁴提出不同看法，認為和略誘罪之法益保護應放棄舊有之監督權之家長本位思考觀點，改從未成年保護觀點思考出發，實務上亦有持相同見解者，將監督權保護與未成年子女最佳利益考量相結合，認為和略誘罪之行為人若是具有親權之一方，又不具備不法意圖，尚不能以該罪相繩¹⁵。又所謂「略誘」係以強暴、脅迫或詐術等不正方法，違反被誘人意思，而將其置於自己實力支配

¹¹ 甘添貴，刑法各論(下)，三民書局，2013 年 6 月。

¹² 最高法院 29 年上字第 2592 號判例。

¹³ 21 年上字第 1504 號判例：未成年之子女，其父母在法律上均享有親權，不得由任何一方之意思而有所侵害，以父或母一方之不法行為，使脫離他方侵權時，仍應負刑事上相當罪責。95 年台上第 6301 號判決。

¹⁴ 王皇玉，刑法和略誘罪之修法芻議，檢察新論，第 6 期，2009 年 7 月。

¹⁵ 臺灣高等法院 92 年抗字第 162 號裁定、臺灣高等法院 92 年重上更(三)字第 88 號判決、新竹地院 88 年訴字第 156 號判決。

下之行為。略誘手段不以對被誘人實施者為限。「和誘」與「略誘」最大之差別除了是手段外，還有是否違反被誘人之意思。

再者，刑法第 240 條第 1 項和誘罪之被誘客體以未滿 20 歲且未婚或未曾結過婚之男女為限，因此被誘客體雖未滿 20 歲但離婚則不屬刑法第 240 條第 1 項或第 2 項之保護範疇¹⁶。又被害客體係未滿 16 歲男女之未婚男女，依刑法第 241 條第 3 項：「和誘未滿 16 歲之男女，以略誘論」，成立準略誘罪。

行為人和誘或略誘未滿 16 歲之人外出匿居，嗣後又與之姦淫，則需判斷行為人是否於和誘略誘之初即生姦淫意圖，倘於和誘、略誘之初即生姦淫意圖，依略誘罪第 241 條第 3 項規定：「和誘未滿十六歲男女，以略誘罪論」，因此，行為人除依刑法第 241 條第 2 項加重略誘罪處斷，另觸犯刑法第 227 條之與幼年男女性交罪，因二罪之保護法益不同，前者為家庭監督權，後者為性自主權及兒童健全成長權，應數罪併罰¹⁷，在牽連犯與連續犯之規定廢除前，實務上係以牽連犯與連續犯處理¹⁸。

第五節 與通姦罪之關係

¹⁶ 甘添貴，刑法各論(下)，三民書局，2013 年 6 月。盧映潔，刑法分則新論，一版，新學林出版，2008 年 8 月，頁 364。最高法院 45 年台上字第 1489 號判例。

¹⁷ 甘添貴，刑法各論(下)，三民書局，2013 年 6 月。陳子平，新聞事件之刑法分析--準強制性交罪、準略誘罪與通姦罪，月旦法學教室，第 59 期，2007 年 9 月。

¹⁸ 上訴人每次和誘未滿十六歲之某女匿居，均與之姦淫，足證其和誘之始即有姦淫意圖，依刑法第 241 條第 3 項規定應負同條第二項之罪責。另又觸犯同法第 227 條第 1 項之罪，二者有方法結果之牽連關係，應從一重之意圖姦淫而和誘未滿十六歲之女子脫離家庭罪處斷。先後多次行為，係基於概括之犯意，應依同法第五十六條以連續犯一罪論。(67 年台上字第 477 號判例，本判例嗣因法律修正不再援用)

本罪之行為人若為有配偶之人，則被害人(14歲以上未滿16歲)是否同時成立通姦罪?法務部(七三)法檢(二)字第009號刑事法律問題座談會，針對此問題曾加以討論，討論意見甲說：此類女子應認為刑法第227條被害人，故不成立刑法第239條相姦罪。按刑法第227條既有特別規定，保障14歲以上未滿16歲女子，則應為被告有利之解釋，認為該女子屬被害人地位，且民法有女子未滿16歲者不得結婚之規定，立法本意都在保障此類女子，故不能論以刑法第239條之相姦犯。討論意見乙說：此類女子雖係刑法第227條之被害人，但年齡既滿14歲且非無責任能力，且14歲以上未滿16歲女子對於性行為雖無完全同意能力，但與未滿14歲女子，完全無同意能力者不同。其同意能力雖較薄弱，究難不負刑責，故此類女子明知相姦者係有婦之夫而故為相姦，應負刑法第239條相姦罪責。多數贊成乙說，但臺高檢研究意見以甲說為當，法務部檢察司研究意見：同意臺灣高等法院檢察處研究意見，以甲說為當。多數學者持相同見解¹⁹，認為未滿16歲者係刑法第227條之被害人，因此不能成為通姦罪之主體。另外，本文認為倘被害客體縱未滿16歲，但曾結婚或離婚，因實務認為不受刑法第227條保護，因此若有通姦行為仍需負相姦罪責²⁰。

¹⁹ 甘添貴，刑法各論(上)，五南出版社，1992年9月。林山田，刑法各罪論(上)，2006年11月。陳子平，新聞事件之刑法分析--準強制性交罪、準略誘罪與通姦罪，月旦法學教室，第59期，2007年9月。

²⁰ 28年上字第1228號判例要旨謂：「..刑法第二百二十一條第二項之姦淫罪，以對於未滿十四歲之女子為限，若已經正式結婚之婦女，則其年齡縱尚未滿十四歲，亦不得適用同條項論之。」院字第2032號解釋文，「..刑法第二百二十一條第二項及第二百二十七條第一項所稱之女子係專指未結婚者而言，(參照院字第1246解釋及1282號解釋)乙、丁二女與甲、丙結婚，雖均違反適婚最低年齡之規定，致被判令撤銷，但仍不失為已婚之婦，從而該二女於結婚撤銷後，乙尚未滿十四歲，丁尚未滿十六歲，戊己各別與之相姦，自不能依刑法第二百二十一條第二項及第二百二十七條第一項分別論科」。褚劍鴻，刑法分則釋論上冊，台灣商務印書館，2007年8月。劉邦繡，性侵害犯罪防治法之性侵害犯罪新解—以一九九九年修正之刑法妨害性自主罪、妨害風化罪為論述，律師雜誌，第267期。

茲附帶說明，倘甲男係有配偶之人意圖姦淫而和誘 16 歲以上，未滿 20 歲之乙女脫離家庭後，復予以姦淫，事為甲男之妻丙女知悉，丙女乃告訴乙女相姦，問乙女可否成罪？法務部（71）法檢（二）字第 1099 號刑事法律問題座談會曾提出甲說：按刑法第 240 條第 3 項之和誘罪，除侵害家庭之監督權外，對被和誘之個人要難謂無侵害，因而被和誘之人係該罪之被害人，本件甲男係犯刑法第 240 條第 3 項之和誘罪，而乙女為該罪之被害人，即為被害人，自不能再論以刑法第 239 條之相姦罪。乙說：刑法對於 16 歲已滿之女子未設有如同法第 227 條之保護規定，足見刑法係認 16 歲以上之女子智慮已甚週全，故其若被和誘後進而與有配偶之人發生姦淫關係，自仍應成立刑法第 239 條之相姦罪。結論：擬採甲說。審查意見：如被誘人明知甲為有配偶之人，仍與之相姦，應採乙說。研究結果：同意審查意見。法務部檢察司研究意見：同意座談會研討結論，如被誘人明知甲為有配偶之人，仍與之相姦，應以乙說為當（成立刑法第 239 條相姦罪）。

第六節 連續行為之處理

為杜犯罪者有賺賠心理、符應社會大眾嚴懲犯罪之輿論及多數學術界之建議²¹，刑法於 2005 年 1 月廢除連續犯與牽連犯之規定，並預計於隔年 7 月 1 日實施新刑法。修法理由中關於牽連犯廢除之法律適用問題表示：「得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷」；連續犯之規定廢除後，立法理由表示「對於部分習慣犯，

²¹ 連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題研討會論文，台灣刑事法學會，2003 年 12 月。

例如竊盜、吸毒等犯罪，是否會因適用數罪併罰而使刑罰過重，產生不合理之現象一節，在實務運用上應可參考德、日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎『接續犯』或『包括一罪』之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍，用以解決上述問題。」其實，想像競合犯與實質數罪之差別在於前者是一行為，後者是數行為；接續犯與實質數罪間之最大區別亦在犯罪行為數之認定。於學理上運用在實際案例中關於「行為數」的認定，學界與實務界有許多討論空間尚不可一概而論²²，本文於此略舉數則實務或學說之案例見解供參考。

一、案例討論—成年人甲與未滿 14 歲之女多次性交於不同時間與地點，且行為延續至被害人滿 14 未滿 16 歲。

在未刪除刑法關於連續犯規定之前，實務多認為因係基於概括之犯意反覆為之，前後期間雖因被害人年齡不同而異其法條之適用，惟姦淫之基本事實相同，依連續犯論以較重之姦淫未滿 14 歲女子罪。如今因連續犯廢除，多數轉化為實質競合，但修法理由亦指出為避免廢除連續犯後處罰過重之疑慮，有些案例可轉化為「包括的一罪」或接續犯加以認定。接續犯成立之要件一般認為需具備下列條件：(1) 基於單一犯意；(2) 數行為係在時間及空間上具有密接關係；(3) 同種類行為之反覆實施；(4) 利用同一機會為之；(5) 侵害同一法益或同一被害人。就上例而言，因數行為在時間與空間上難謂有密接關係，不易被認定屬接續犯，因此以集合犯處理較為妥適。集合犯係指：(1)

²² 許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為概念，台灣本土法學雜誌，2003 年 5 月。高金桂，連續犯廢除之後的刑法適用問題，連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題研討會論文恩 p165，台灣刑事法學會，2003 年 12 月。

時間及空間上具有似乎獨立關係之數個行為；(2)行為態樣相同；(3)侵害之法益或行為客體具有同一性，且主要侵害到公益但不排除侵害個人之非專屬法益；(4)主觀上數個行為及犯意間，經由心理或精神上之連線，將其評價為構成要件之行為單一。因此有學者認為上例中甲之前後行為分別觸犯刑法 227 條第 1、第 3 項，因侵害法益同一，客體同一，屬法條競合，又第 3 項為與罰之後行為，僅論第一項之罪²³。

二、最高法院民國 102 年台上 88 號判決

主文：上訴駁回。判決理由略為：「…刑法上接續犯之概念，係指數行為於同時同地或密切接近之時地實行，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，則屬接續犯，而為包括之一罪。且妨害性自主罪，依吾人一般生活經驗及社會通念，並無必須多次妨害性自主後，始得成立，亦無從憑以認定立法者本即預定該犯罪之本質，必有數個同種類行為，而反覆實行，社會通念尤難容忍一再違犯。上訴人等先後於不同時間，乘機對 A 女、B 女性交，及不違反其等意願而為性交，渠等上開複數犯行，在犯罪之時間上，既有先後之分，且侵害不同被害人之法益，此情形自非以單一行為之數個舉動接續進行，以實現一個犯罪構成要件，持續侵害同一法益，原判決以數罪併罰論處，適用法則，核無不當。…」

三、最高法院 100 年台上 5977 號判決

²³ 連續對幼年人性交之論罪，高金桂，月旦法學教室，第 83 期，2009 年 9 月。

主文：上訴駁回。判決理由略為：「…所謂接續犯，係指行為人基於單一之決意，在密切接近之一定時地，持續實行多次同一行為，依社會通念認為以評價為一罪為適當者而言。原判決理由說明：上訴人於本案與前案之二次行為，犯罪時間相隔一日，犯罪地點亦不相同，並無時空上之密接關係，亦不符各行為之獨立性極為薄弱之特徵，如僅論以接續犯之包括一罪，誠難謂已合理予以評價，故不成立接續犯，而應予以分論併罰等語（見原判決第二頁），於法尚屬無違。」

四、最高法院 100 年台上字第 6538 號判決

主文：上訴駁回。判決理由略為：「…查：（一）、所謂集合犯是指立法者所制定之犯罪構成要件中，本就預定有數個同種類之行為將反覆實行之犯罪而言，將各個實行犯罪構成要件之多數行為，解釋為集合犯，而論以一罪。集合犯之判斷，於客觀上應斟酌法律規範之本來意涵、實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪必然反覆實行之常態及社會通念等；於主觀上則視其反覆實行之行為是否出於行為人之單一犯意，並秉持刑罰公平原則，加以判斷。觀諸本件上訴人所犯之強制性交、強制猥褻、加重強制猥褻、對於未滿十四歲之女子為性交、對於未滿十四歲之女子為猥褻之行為、對於十四歲以上未滿十六歲之女子為性交、引誘使未滿十八歲之人為性交易、引誘使未滿十八歲之人為性交易未遂、拍攝未滿十八歲之人為猥褻行為之影片、照片、拍攝未滿十八歲之人為猥褻行為之影片、照片未遂等罪之構成要件文義，實無從憑以認定立法者本即預定各該犯罪之本質，必有數個同種類行為而反覆實行之集合犯行。

又上訴人所為上開犯行，乃利用平面媒體或一○四人力銀行公司

刊登徵才廣告，先後伺機與不同之被害女子而為前揭犯行，因前往應徵之被害女子人數眾多，應徵時間不同，上訴人對其等實行之犯罪型態互異，各行為間顯具獨立性，上訴人之犯意非屬單一，在刑法評價上，實難視上訴人先後分別對不同被害對象之犯罪實行，合為包括之一行為予以評價，原判決爰未按集合犯論擬，已詳為說明…」

五、最高法院 100 年台上字第 7309 號判決

主文：原判決撤銷，發回台灣高等法院。判決理由：「…惟查：(一)、刑法修正刪除連續犯之規定，關於犯罪行為罪數之計算，其修正理由內，雖然說明可以朝接續犯之概念予以發展等語，但實際上仍以適度為宜，否則勢將破壞刑法體系，反悖修法導正包括一罪適用過於浮濫之原意。接續犯係指行為人之數行為於同時同地或密切接近之時地實行，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理之情形而言。是自其行為之延續性觀察，固然必存有一段時間之特徵，但亦非毫無限制，倘竟綿延數月或經年，即難為一般社會健全觀念所允許，無評價為一個行為概念之餘地。

按諸性交，通常以男性射精或發洩性慾完畢，作為認定性交次數之計算，區別不難，獨立性亦強，於經驗、論理上，殊難想像累月經年之長期多次性交，可以符合接續犯之行為概念。又刑法修正之後，往昔若干刑事訴訟法規定之操作模式，當應配合改變，例如以往允許籠統混用數行為之證據資料，認定成立連續犯之作法，即已不合時宜，當須遵守嚴謹證據法則及罪疑唯輕原則，依一行為一罪一罰之新

制，就各獨立評價行為之證據資料，逐一檢視；其若部分行為，犯罪證據不足，檢察官不應將之擇為起訴客體，法院亦不可率予認定全部成立犯罪。具體以言，祇能就證據充分之該次或數次犯行（例如第一次、最末次、或其間較為明顯者），予以追訴、審認，如係數罪，再妥適定其應執行之刑度。從而，祇因不忍心定應執行刑結果，可能刑期過長，竟將修正前之連續犯數行為（相當長時間之多次行為），在修法後，評價為包括一罪之接續犯，無異削足適履，自有法則適用不當之違誤。…」

本文肯定判決指出實務上常因不忍一罪一罰定執行刑導致犯罪者刑期過長，而過度擴張適用接續犯的問題，但判決理由上另具載：「..按諸性交，通常以男性射精或發洩性慾完畢，作為認定性交次數之計算，區別不難，獨立性亦強，於經驗、論理上，殊難想像累月經年之長期多次性交，可以符合接續犯之行為概念。..」，其將性交次數之認定係以男性射精或發洩性慾完畢為計算基準，敘述上可能不夠精準且容易遭誤解。蓋刑法第10條關於性交行為之定義，以性器以外其他身體部位或器物進入他人性器、肛門或使之接合，都是妨害性自主罪章之性交行為；再者，妨害性自主罪之主觀構成要件上並不以行為人有性慾的滿足為必要。況且，倘性交次數之計算上係以男性行為人是否射精或發洩性慾完畢為準，那麼，行為人只要沒射精或是自陳性慾沒有發洩完畢，就不是性交既遂？

第七節 結語

因此，強制性交罪不致於會和與幼年男女性交罪(下稱本罪)競合，因為刑法第 227 條所規範之行為係在和平非強制手段下所為，不同的只是最高法院 99 年第 7 次刑庭決議結果，造成客體年齡屬未滿 7 歲時，一律使用刑法第 222 條第 1 項第 2 款之加重強制性交罪。

本罪與乘機性交罪間之關係，當被害客體係未滿 16 歲之人，同時又有身體或精神障礙等相類似情形時則可能生競合問題。有認為應該適用乘機性交罪論處，有認為應該適用本罪。本文認為，採取何種說法都有其依據，畢竟二罪間處罰的重點本不相同，一個是著重被害客體當下身心狀況是否處於不知或不能抗拒之狀態；本罪則是著重確保未滿 16 歲者之身心獲得健全發展，因此縱使得被害客體同意也係法律所不准。當被害客體係未滿 16 歲又是有身心障礙情形時，在刑法第 225 條與第 227 條二罪間，屬法條競和之吸收關係，輕罪被重罪吸收，依乘機性交罪論處，蓋當被害客體係 14 歲以上未滿 16 歲者時，乘機性交罪之法定刑較重。

本罪與利用權勢性交罪之關係，本文以為，二罪之間處罰重點與立法時預設立場本不同，但不論是法條競合之吸收關係或補充關係都是應適用較重之刑法第 227 條論處，對幼年人保障較周全。蓋刑法第 228 條第 1 項(性交行為)、第 2 項(猥褻行為)之刑度僅分別相當於刑法第 227 條第 2 項(與未滿 14 歲男女為猥褻行為)，以及第 4 項(與 14 歲以上未滿 16 歲男女為猥褻行為)。若適用刑法第 228 條將造成利用權勢對未滿 14 歲男女為性交行為、利用權勢對未滿 14 歲男女為猥褻行為、利用權勢對 14 歲以上未滿 16 歲男女為性交行為，三種情

形被輕判，且反而造成惡性較重大，利用權勢或機會扭曲被害人意願下所為之性交猥褻行為，反較刑法第 227 條平和狀態下所為之性交猥褻行為刑度輕。

本罪與和誘、略誘罪之關係，行為人和誘或略誘未滿 16 歲之人外出匿居，嗣後又與之姦淫，則需判斷行為人是否於和誘略誘之初即生姦淫意圖，倘於和誘、略誘之初即生姦淫意圖，依略誘罪第 241 條第 3 項規定：「和誘未滿十六歲男女，以略誘罪論」，因此行為人除依刑法第 241 條第 2 項加重略誘罪處斷，另觸犯刑法第 227 條之與幼年男女性交罪，因二罪之保護法益不同，前者為家庭監督權，後者為性自主權及兒童健全成長權，應數罪併罰。

本罪與通姦罪之關係，當相姦者係未滿 16 歲者時，依法務部(七三)法檢(二)字第 009 號刑事法律問題座談會意見，認為未滿 16 歲者係刑法第 227 條之被害人，因此不能成為通姦罪之主體。但依 28 年上字第 1228 號判例及院字第 1246 解釋及 1282 號解釋，未滿 16 歲但曾結婚者，縱婚姻嗣經撤銷，仍不受 227 條保護，因此一旦有通姦行為仍需負相姦罪責。

另外，自刑法於 2005 年 1 月廢除連續犯與牽連犯之規定後，關於行為數之認定，實務或學理多是依想像競合、數罪併罰或接續犯的概念去處斷，只是套用在實際案例上，判斷行為究竟係數行為而應該數罪併罰，或是該數行為屬集合犯或接續犯之概念而應評價為包括一罪，學說與實務之認定未必一致，連實務上下審級間之認定都頗有出入。本文肯認在接續犯之認定上尤需特別謹慎，方不致失去當初修正刑法之目的。誠如最高法院 100 年台上字第 7309 號之判決理由所言：「… 刑法修正刪除連續犯之規定，關於犯罪行為罪數之計算，其修

正理由內，雖然說明可以朝接續犯之概念予以發展等語，但實際上仍以適度為宜，否則勢將破壞刑法體系，反悖修法導正包括一罪適用過於浮濫之原意。.... 祇因不忍心定應執行刑結果，可能刑期過長，竟將修正前之連續犯數行為（相當長時間之多次行為），在修法後，評價為包括一罪之接續犯，無異削足適履，自有法則適用不當之違誤...。」。



第六章 追訴要件與法律效果

一般人都反對懲罰與幼年男女有性行為之成年行為人，而刑法第 227 條之一及刑法第 229 條之規定例外讓一定年齡以下之犯罪行為人需透過特殊追訴要件方得以進入司法程序，或縱使進入司法程序也可能獲得減輕或免除其刑，其法理何在。又，縱使行為人係一般成年人，法院量刑之理由依據與判決結果向來也是備受爭議，但法院依法所做出之決議與量刑也並非無的放矢或無中生有，為何與民眾對於正義之期待有所出入，除了在前幾章所討論之主客觀構成要件認定之差異外，是否法條在追訴要件及刑度之規範上稍嫌不足，本章茲就相關問題予討論。

第一節 告訴乃論之適用範圍

原則上，一個行為具有構成要件該當性、違法性、有責性，即可構成犯罪，而需科以刑罰。但有時例外地，基於一些特殊因素考量，尚需附加其他條件，方能定罪科刑。而特殊因素通常是考量：(一) 追訴之公共利益不足(二) 被害人利益及意願之尊重(三) 損害擴張之防止——當國家對於刑罰權之行使，將造成被害人受害之法益損害擴張或是其他法益有更受侵害之虞時，此刻國家則不宜主動積極發動刑罰權，而有猶豫之必要，並且由被害人主動斟酌其利益情況，加以抉擇是否請求國家發動。(四) 司法資源之樽節¹。然而，刑事程序上通常是以告訴作為訴訟要件之方式，作為國家發動刑罰權所附加之條件。亦即，當行為人之行為具有構成要件該當性、違法性、有責性時，尚

¹ 林家豪，論告訴之代行，中正大學法律系碩士論文，2012 年。

需有告訴權人之告訴，國家司法機關才會發動偵查、起訴、審判。

而我刑法關於強制性交相關罪名，在修法前，多是採告訴乃論制度。亦即，除非被害人願意對加害人提出告訴，否則縱使加害人之行為令人髮指，只要被害人提出告訴，國家司法機關也無由主動介入偵查並起訴。嗣後，1999年4月21日修法，將其中原刑法第16章妨害風化罪修正為第16章妨害性自主罪，且將多數罪名改為非告訴乃論，僅保留配偶間之強制性交猥褻罪及兩小無猜犯第227條罪維持告訴乃論罪。按我刑法第229條之一後段規定：「…或未滿18歲之人犯第227條之罪者，須告訴乃論」，便是考量未滿18歲之人若在平和狀態下與未滿16歲之人發生性交或猥褻行為時，多半是兩小無猜兩情相悅之情形，此時雙方都涉世未深，若國家硬是透過司法機關介入可能反造成年幼雙方心理蒙上陰影，年紀輕輕就被司法烙印，因此透過告訴乃論制度讓雙方慎重評估在一定時間內是否提出告訴。

因此，倘18歲以上之人與未滿16歲之人，縱使是在兩情相悅下發生性交行為，仍非告訴乃論，一旦經家長或他人發現而通報司法機關，司法機關都應主動介入調查，至於雙方是否和解或被害者之意願為何，都只是檢察官或法官求刑量刑之參考依據罷了。

第二節 本罪之阻卻或減輕刑罰事由

承上，除了透過刑事程序上附加條件，實體上亦可藉由阻卻或減輕刑罰事由之規定，使原本具有違法、罪責之構成要件該當行為不受

刑罰之制裁或受到較為輕微之制裁，又稱不法與罪責以外之可罰性要件²。

按我刑法第 227 條之一是民國 88 年修法時增定，內容規定：「十八歲以下之人犯前條之罪者，減輕或免除其刑」。乃因立法者顧慮到 18 歲以下之人若在和手段下與幼年人發生性交或猥褻行為，多半係因情竇初開又兩情相悅下所發生，且二人皆屬未成年，涉世未深，因此特別給予減輕或免除其刑之規定。而刑法第 227 條之 1 適用要件有三：(一)犯罪行為人屬 18 歲以下之男女。觀之立法理由及刑法第 229 條之一後段相呼應之結果，加上刑法第 18 條規定可知，滿 18 歲之人應負完全刑事責任，因此可推知本條文義應係指未滿 18 歲之男女，因此建議條文用語應改為未滿 18 歲之男女³。(二)限未滿 18 歲之行為人所犯為刑法第 227 條之罪才能減輕或免除其刑。(三)本條規定為應減免，亦即法官沒有裁量空間，一定要減輕或免除行為人之罰責。

因此，我國刑法其實在處理兩小無猜之問題上，其實預立兩種寬容機制，程序上先以告訴乃論作為訴訟要件，排除國家司法機關主動強行介入，以尊重當事人或雙方家長之意見，實體上則藉由個人減輕或阻卻刑罰事作為可罰性要件，減輕或免去行為人之刑罰。但，立法當時也許立意甚佳，惟現今社會變遷，青少年發育早熟，未滿 16 歲男女發生性交行為或猥褻行為時有所聞，依本法第 227 條是仍是具有構成要件該當性、違法犯性、有責，只是最後法官應該減輕或免除其刑罷了。再者，本法第 229 條之一後段又規定「…未滿十八歲之人犯刑法第二百二十七條罪者，須告訴乃論」，因此雙方常互為加害人

² 林山田，刑法通論，2008 年 1 月。

³ 陳子平，台灣刑法有關性犯罪修改的相關議題，法學新論，第 18 期，2010 年 1 月。

又互為被害人，據以做為報復或防禦的武器，屢屢造成實務之困擾⁴，浪費司法資源，因此爾來有不少除罪化之聲浪出現。關於兩小無猜除罪化之討論與法定刑之問題，則容於下節討論。

第三節 除罪化之可行性與量刑之討論

承上所言，與幼年人性交猥褻罪之法定刑規定其實並不低但又有告訴乃論及阻卻減輕刑罰事由等緩衝機制之規定，乍看之下似乎兼衡考量了法理情三方面，但實務運作上卻仍存有不少問題。本節擬著重二部分討論：一部分係針對兩小無猜類型除罪化可行性做討論，第二部份係針對成年人與幼年人性交罪之量刑問題做討論。

第一項 除罪化之可行性

關於與幼年男女性交罪是否除罪化之討論，學說或輿論上通常側重在兩小無猜類型，亦即未滿 16 歲之男女因互生情愫在兩相情願，平和狀態下所產生之性交或猥褻行為。依刑法第 227 條之一雖可予 18 歲以下之行為人減免刑責，但依刑法第 227 條仍為犯罪，但依刑法第 229 條告訴乃論之規定，常造成行為人雙方互為加害人也互為被

⁴ 司法院 88 年第 46 期司法業務研究會法律問題研討第 14 則曾對此探討，詳列如下：法律問題：甲男與乙女為國中二年級同學，均為十五歲，因兩情相悅而自願性交多次，致乙女懷孕，經乙女之母察覺，乃對甲男提出告訴，嗣甲男之父亦對乙女提出告訴，法院對甲男乙女應如何處斷？研究意見：

甲說：對甲男、乙女均依刑法第二二七條第三項論處，因該條項規定對十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者皆予處罰。

乙說：僅處甲男罪責，因乙女已懷孕，顯是被害人。

丙說：甲男、乙女均不處罰，因係二人自願性交，並非由一方出於強制，且未妨害性自主。

丁說：甲男、乙女均是十二歲以上未滿十八歲之少年，應依少年事件處理法規定，由少年法庭(院)依少年事件程序處理。

研討結論：採丁說，如已經檢察官提起公訴，則採甲說。

(轉引自盧映潔，刑法分則新論，新學林出版，2008 年 8 月，頁 367)

害人之窘境。

因此有不少學者⁵認為應予除罪化，蓋此情形沒有任何一方被性剝削且該階段之青少年生理慾望需求正潛伏待發，是透過親密的肢體碰觸去感受與摸索人與人間如何表達情與愛，即便結果是愛情的挫敗也是一種學習與成長。此時成年人不應過度侵犯其自我決定權，而是應從旁關心與輔導。至於所謂之性病傳播或未婚生子等問題之擔憂，應是藉由學校教育與家庭教育等層面加強性教育與兩性尊重，而非掩耳盜鈴，認為只要禁止青少年或幼年男女有親密接觸就可減少性病或未婚生子或墮胎。況且類似案件實務上若可以金錢和解，通常會撤回告訴或最後被科以緩刑，造成經濟弱勢者在法律上反而受到較不利之對待⁶。誠如不久前媒體所報，新北市1名15歲國三少女，2年內陸續和8名未滿16歲的男友發生性行為，少女母親得知後帶她到警局提告，再向8名少年的家長分別收取30萬至60萬元和解金，得款逾200萬元，便到警局撤告，引起社會一片譁然。根據報導，15歲少女2年內與8名未滿16歲的少年發生性行為，偵訊時竟向警方表示是雙方「你情我願」，因案件屬告訴乃論，之後少女母親疑利用和解制度向8名少年收取和解金，讓和解制度遭到質疑⁷。

而反對除罪化者之理由通常是認為在現行配套制度不夠完備之前，貿然除罪，容易造成是否兩相情願舉證不易，可能造成隱藏性暴力之問題⁸，畢竟青少年發展階段是同儕傾向為主，對於許多事情，

⁵ 陳子平，台灣刑法有關性犯罪修改的相關議題，法學新論，第18期，2010年1月。盧映潔，刑法分則新論，一版，新學林出版，2009年8月。盧映潔，兩小無猜是原罪？月旦法學雜誌，第152期，2008年1月。

⁶ 賴敏慧，「兩小無猜」性侵害案件之探討，中央警察大學犯罪防治研究所碩士論文，2004年6月。

⁷ 摘錄自華人健康網新聞，記者張世傑／台北報導，最後瀏覽日：2013年9月24日。

⁸ 日前一名國一女學生才開學第三天便失蹤，家長苦尋半年後，發現女兒是被滿18歲的網友騙走。母親雖提出告訴，但法官卻以雙方是兩小無猜發生合意性行為為由，減輕男方罪行。失蹤兒

尤其關於性事，常不敢或羞於啟齒。2013年5月時內政部家庭暴力及性侵害防治委員會參事及執行秘書李美珍亦指出：「內政部是性侵害犯罪防止法的主管機關，最終的目的是保護被害人。而在第一線實務工作中，有發現所謂兩小無猜合意性行為的案例中，『很多第一次是被強暴的』」。她主張應以教育與輔導方式處理該類案件，但對於是否廢除學校通報機制，她仍持保留態度⁹。

本文以為，除罪化與否固皆有其立基點，然運用到司法實務上，當司法機關真的認為雙方當事人係兩小無猜類型，多會給予緩刑或依少年事件處理法幾乎都是依保護事件為適當處遇，根本不會讓任何一方需揹負嚴刑峻罰，也不會因為沒有民事上之和解，就判定一方應該入獄，因此，除罪化論者係過度擔憂。況且不除罪化反而可讓社會大眾更嚴肅看待與幼年人為性交猥褻此件事，讓所有與幼年人性交猥褻之情形者，皆先經過司法機關之過濾，防止非合意之性行為被掩蓋。會將子女與年輕男女朋友間因情竇初開而發生之性交猥褻行為當成勒索和解金的籌碼之家長畢竟是少數，況且當法院發現有此種情形發生時也可酌減和解金，或是調查家長是否有變向對價性交易行為而觸犯兒童及少年性交易防制條例¹⁰。因此在未有更嚴謹之配套措施及學校教育機關審酌是否「合意」之通報機制是否健全之下，實不宜貿然除

童少年資料管理中心組長許慶玲說，儘管女學生聲稱對方是她男朋友，但細問才得知，原來男方威脅女學生若不和他發生性關係，就抓她頭髮去撞牆。而目前依循的法令反而作為對方脫罪的藉口。(台灣醒報記者蔡惠玲台北報導 2013.05.29)

⁹ 摘錄自台灣立報，記者黃文鈴台北報導，2013年5月29日

¹⁰ 兒童性交易防制條例第20條第2項：「父母、養父母或監護人對未滿十八歲之子女、養子女或被監護人犯第二十三條至第二十八條之罪者，兒童或少年、檢察官、兒童或少年最近尊親屬、主管機關、兒童或少年福利機構或其他利害關係人，得向法院聲請宣告停止其行使、負擔父母對於該兒童或少年之權利義務，另行選定監護人」。兒童性交易防制條例第23條第1項：「引誘、容留、媒介、協助或以他法，使未滿十八歲之人為性交易者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。」

罪化。

第二項 量刑之討論

與幼年人合意性交猥褻罪在量刑上，兩小無猜類型通常不會被期待應該受重懲，甚至出現建議除罪化之聲音。反觀非兩小無猜類型，指 18 歲以上之人對未滿 16 歲之人為性交猥褻行為，尤其當被害者係未滿 14 歲者，社會大眾通常期待應予嚴懲加害者。

第一款 法定刑之比較

其實，現行刑法第 227 條第一項之規定係民國 88 年修法前刑法第 221 條第 2 項所移置。修正前第 221 條規定：「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。姦淫未滿 14 歲之女子，以強姦論。前二項之未遂犯罰之。」，因此，對於舊法操作之理解，便是「以合論強」。亦即對未滿 14 歲女子為至使不能抗拒的強姦行為時，成立舊法第 221 條第 1 項強姦罪；對未滿 14 歲女子為至使不能抗拒以外之姦淫行為時，成立舊法第 221 條第 2 項之準強姦罪，依強姦罪之法定刑處斷。

對照現行法之適用，操作程序其實沒兩樣，當性交猥褻對象未滿 14 歲時，先了解是否以違反他們意願之方式為之，以違反意願之方式為之，依刑法第 221 條或第 224 條論罪，若未以違反他們意願之方式為之，縱使同意，也依刑法第 227 條論罪。操作方式沒有不同，只是罪名不同，修法前稱準強制性交罪，修法後稱與幼年男女性交猥褻罪。再者，比較現行法中，當行為客體係未滿 14 歲男女時，「與幼年男女性交猥褻罪」及「強制性交猥褻罪」二者間之法定刑也都大致相同，例如：與未滿 14 歲之男女為合意性交罪之法定刑，與刑法第 221

條強制性交罪之法定刑相同，皆是 3 年以上 10 年以下有期徒刑；而與未滿 14 歲男女為猥褻行為之法定刑也等同於刑法第 224 條之強制猥褻罪，都是 6 月以上 5 年以下有期徒刑。

第二款 量刑依據與裁量結果

承上，相較之下，現行法規定並沒有比舊法來的不保護幼年男女。那麼，到底問題是出在哪裡？從近來引發輿論撻伐並促使最高法院作出民國 99 年第 7 次刑庭決議以彌平民怨之高雄地方法院 99 年訴字第 422 號判決，可知量刑的刑度與理由是讓民眾最詬病之處。該案承審法官錯估一個 6 歲女童的認知與生理能力，其似乎認為女童對於被告舉動所代表的涵義可以有所認識，進而有掙脫反抗的餘地，卻沒有掙脫。其實，被告成年男子與被害人 6 歲女童，二者之體型相去甚遠，被告用手臂環抱女童致其無法掙脫，論以強制力之行使而引用刑法第 221 條論罪都不為過¹¹。

退步言，縱使證據的外觀呈現上法官仍認為看不到被告有強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以及其他違反意願的手段而改引用刑法第 227 條論罪，而刑法第 227 條第 1 項與未滿 14 歲男女性交罪之法定刑是 3 年以上 10 年以下，而承審法官卻如媒體所言：「性侵六歲女童『只』判三年二月」，未體察到社會大眾對於戀童癖犯罪者傷害幼童身心之憂心。且其判決理由之論述邏輯難服人心，其理由略為：「…審酌被告為滿足個人私慾，明知甲女僅六歲，心智未成熟，竟對其性交，對甲女身心造成傷害，且犯後藉病否認犯行，未得告訴人乙男之諒解，兼衡其犯罪動機、手段等一切情狀，認檢察官求處有期徒刑七年十月

¹¹ 高金桂，強制性交罪的強制力行使—高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月。

容屬過重，…」，文字中明明指責被告之諸多不是，未言及被告究竟有何情狀值得處以較輕之刑，卻僅以「兼衡其犯罪動機、手段等一切情狀」認為檢察官之求刑過重，草率給予輕判。

再者，高雄地方法院 99 年訴字第 422 號判決雖是引發後來「白玫瑰運動」遊行之導火線，但該判決並非單一事件，因為民間社團或一般民眾真正在乎的是，法院長期對於性侵害案件量刑普遍偏輕及認事用法不當的問題，正義聯盟 2011 年 2 月針對 712 件判決書，分析 893 件宣告刑，其中有 775 個涉及妨害性自主罪(221~228 條)，發現其中 35% 低於法定刑，而刑期只比最低法定刑多 6 個月以內者占 62%，刑期比最低法定刑多 1 年內者則占 78%。換言之，有近八成的性侵害被告刑期為最低刑度加一年而已¹²。

第三款 司法實務之自覺

司法院曾於 2011 年 4 月 19 日在官方網站刊出題為『司法院妨害性自主犯罪量刑分析研究小組期中報告：以刑法 221 條強制性交罪為例』之研究報告，報告中指出：「法官針對刑法第二百二十一條第一項強制性交罪進行量刑時，係從法定刑之下限開始量起，並審酌加重、減輕事由。是則，當遇有法定刑罰減輕事由時，宣告刑即容易低於法定刑；反之如遇有刑罰加重事由時，宣告刑仍不易高於法定刑」，顯見正義聯盟指責法院量刑偏差的問題並非無因¹³。

每一個案件都有其個別性與特殊性，法官依照每個案件之特殊性給予最適切之懲罰，因此量刑輕重屬法官依職權自由裁量之事項，可

¹² 正義聯盟批評，甚至有法官以被告「現仍為公務員，再過幾年即可退休，為免影響其公務員生涯..」、「為了保持家庭完整..」、「再讓被告在監服刑，對其社會化、家中老小之生活，均生影響..」等做為緩刑之理由。參見「刑法妨害性自主罪章法院輕判之研究分析報告」，取自：http://www.xteam.tw/wp-content/uploads/2011/02/0214_正義聯盟總結報告.pdf(瀏覽日期 2013.02.27 瀏覽網站 <http://www.xteam.tw/775>)

¹³ 林修平，量刑正義的對話—以臺灣板橋地方法院檢察署推動「妨害性自主案件具體求刑」經驗為例，檢察新論，第 12 期，2012 年 7 月。

避免量刑制式化造成齊頭式平等，維護實質正義，導正社會風氣。然而，法官畢竟也是人，不免受到個人成長背景、兩性觀、教育背景、被害經驗、已未婚、有無生育等因素而影響其量刑輕重。因此，如何讓每個案件之行為人當其所罰，罪刑相當，讓法官彼此間量刑差異減少，可能有賴司法院建立一套量刑參考標準。

司法院似乎也意識到此問題，例如司法院於 2011 年 2 月成立「量刑研究分析小組」由祕書長召集相關廳處並委託中央警察大學教授著手研究妨害性自主犯罪的量刑行為與量刑分布，期能建立「妨害性自主罪量刑資訊系統」，以供法官獲得動態查閱刑罰統計資訊之管道。該系統並於 100 年 7 月 26 日上線試用¹⁴，並於 100 年 11 月 1 日正式啟用¹⁵。而部分檢察機關也意識到不僅法院之量刑結果會影響民眾對司法機關之期許，檢察機關的求刑基礎與上訴機制也是廣義量刑正義之一環，例如台灣澎湖地方法院檢察署有「辦理竊盜案件求刑處理原則」、台灣台中地方法院檢察署有「檢察官辦理竊盜案件求刑處理準則」、台灣士林地方法院檢察署有關於施用一、二級毒品、酒後駕車、竊盜、販賣人頭帳戶等罪求刑標準表、2009 年 9 月法務部亦函頒「智慧財產權刑事案件具體求刑參考標準」。另關於強制性交罪方面則有台灣新北地方法院檢察署(原板橋地方法院檢察署)於 2011 年 2 月成立求刑研究小組針對新北地方法院對性侵害案件之量刑狀況分析研究，探討量刑失當之問題，列出各種求刑因子，建立具體求刑標準，

¹⁴ 司法週刊 2011 年 4 月 21 日，第 1539 期。司法週刊 2011 年 10 月 21 日，第 1565 期。有關該資訊服務平台之介紹，可參閱許辰舟，「從無到有一檢視『妨害性自主罪量刑資訊系統』的界限、功能與展望」，司法週刊第 1554 期，2011 年 8 月 4 日，第 1555 期，2011 年 8 月 11 日。(盧亨龍法官，性侵害犯罪審判實務之研究，司法院年報第 29 輯(刑事類)第 5 篇，2012 年 12 月)

¹⁵ 臺灣高等法院 100 年 11 月 1 日院鼎文廉字第 1000006936 號函轉所屬各法院依司法院祕書長 100 年 10 月 28 日秘臺廳刑二字第 1000027030 號函辦理。(轉引自盧亨龍法官，性侵害犯罪審判實務之研究，司法院年報第 29 輯(刑事類)第 5 篇，2012 年 12 月)

期能透過檢察官之具體求刑對法院刑成壓力，降低民怨¹⁶。

其實，量刑輕重之權係屬法官，倘對量刑部分有所不服而提起上訴，往往遭上級法院以「量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並已斟酌刑法第五十七條各款所列情狀而未逾越法定刑度範圍，又未濫用其職權權限，即不得任意遽指違法」之理由，駁回上訴¹⁷。爾來監察院甚至對於檢察機關於起訴時之具體求刑易造成社會預斷及審理法官之壓力提出糾正案¹⁸。

本文以為，姑且不論監察院與法務部雙方所執孰是孰非，民眾對司法之不信任感絕非僅僅來自檢察官與法院間求刑與量刑之落差，畢竟一般民眾不易得知起訴書之詳細內容，且對於事實之拼湊通常是透過報章媒體及後來公開之裁判內容，因此，民眾是拿他們心裡的那把尺與法院判決結果相對應比較，而非單純將法院判決結果與檢察官之起訴求刑做比較。若要說可能造成社會預斷，也應是目前所充斥著媒體辦案之怪現象，難道監察院也要糾正媒體？檢察官依職權將犯罪事實、證據、所犯法條等載列於起訴書做成之公文書，怎可認為造成社會預斷或違反無罪推定，畢竟最終有罪無罪，重判輕判之權還是在法

¹⁶ 臺灣新北地方法院檢察署於 2011 年 2 月成立「推動妨害性自主案件具體求刑小組」(林修平，量刑正義的對話—以臺灣板橋地方法院檢察署推動「妨害性自主案件具體求刑」經驗為例，檢察新論，第 12 期，2012 年 7 月。)

¹⁷ 最高法院 72 年台上字第 6696 號判例、75 年台上字第 7033 號判例、100 年台上字第 7365 號判決。

¹⁸ 監察院於 2012 年 5 月 9 日以 101 年度司正字第 4 號糾正案，糾正法務部歷來具體求刑之相關函示。糾正文指出：「檢察官對於簡易與協商程序外之一般案件，動輒於起訴時具體求刑，然具體求刑查無法律依據，且易形成社會預斷及法官審理壓力，法務部應深切檢討，回歸刑事訴訟法規定。」並列舉主要糾正理由為違反法律保留及無罪推定。其後監察院更以 2012 年 5 月 10 日院台司字第 1012630203 號函、2012 年 8 月 16 日院台司字第 1012630317 號函、2012 年 11 月 15 日院台司字第 1012630454 號函，持續發函重申其糾正意旨。相關文章之探討可參蔡碧玉，檢察官的具體求刑權不應再退縮，檢協會訊，2012.11，83 期。林彥良，起訴書列載具體求刑何錯之有一論監察院 101 年度司正字第 4 號糾正案，檢察新論，第 14 期，2013 年 7 月。

院，法院在量刑論理上自己要能站得住腳才是重點。其實，檢察官在廣義量刑正義上其實也扮演重要之一環，因為檢察官在偵查階段就會遇到對於被告是否給予緩起訴處分或起訴、不起訴處分以及是否聲請簡易判決處刑等問題；在公訴階段是否辦理認罪協商；在執行階段是否及如何執行易科罰金或易服勞役等業務，在在都影響著民眾對司法機關之整體觀感。

第三項 小結

本文以為除罪化與否其最終目的皆為保護幼年男女之身心健全發展，只是著重方向不同罷了。刑法第 229 條告訴乃論規定以及刑法第 227 條之一的減輕或免除其刑之設置其實已經是一種折衝規定，也是邁向除罪化之過度時期。誠然，除罪化或反對除罪化論者都是不希望兩小無猜兩情相悅之少年男女進入司法程序，只是反對除罪化論者更在意的是，一旦除罪化，將難以發現隱藏性的非合意性行為。本文以為，嚴格而言，甚至告訴乃論之規定亦可能造成強制性交罪被掩蓋，畢竟幼年男女雖因正常生理發展，易在情竇初開下展開對於性的探索，但也常因為缺乏法律觀念或囿於同儕壓力，就算親密接觸過程中被施與暴力也都不敢伸張，通常是藉由家長或監護人或是學校發現或輾轉得知，若不細問，可能就被以兩小無猜兩情相悅包裝帶過。

其實，成人世界遇到強制性交之情形都未必能夠鎮定處理自己的情緒或大膽報警，更何況幼年男女遇到同樣之情形。因此本文以為在未有更適切且落實的輔導處遇機制前，實在以暫不除罪為宜，藉由司法機關公權力之介入，協助過濾釐清有無隱含非合意之性暴力行為。

量刑方面，本文肯定司法機關制定出一套量刑與求刑參考標準，

而且參考標準不僅限於強制性交罪，凡涉及重大社會法益、重大個人法益者等都需制定一套參考標準，才不會被民眾認為大案小判，小案大判。畢竟司法官也是人，容易因為當時的外在環境或身心狀況或成長背景等因素而有量刑之差異性，甚至是同一個法官，也可能因為當下之生心理狀況或曾經歷之事物而做出前後不同之決定。





第七章 結論與建議

第一節 結論

第一項 本罪所保護之法益兼含性自主權與幼年人身心健全發展

本罪劃歸在妨害性自主罪章在彰顯性自主權之保護層面並無不妥，因為一個會利用幼年人無知或不知抗拒而與之為性行為者，等同於未獲得幼年人有效之同意，如同侵害其性自主權。

又自幼年人之身心健全發展之保護利益以觀，因幼年人對於性的意涵認知有限，在缺乏其有效同意下所產生之性行為，往往容易造成其成長過程中有性觀念偏差或人格扭曲，甚至導致其成年後之人際互動有退縮或躁進之虞，當然附帶更可能衍生性病及墮胎等家庭社會問題。因此基於性生理、性心理是性道德三方面法律無可避免有特別保護幼年人之必要。甚至吾人可說維護幼年人之身心健全發展已與重大公共利益劃上等號。因為兒童少年是國家未來的主人翁，一旦身心未獲健全成長，近則影響家庭和諧，遠則造成社會治安動盪不安，甚至影響國家競爭力。

因此，本罪之保護法益可窺見是兼含性自主權及幼年人身心健全成長之保護利益，而且二者保護利益間並非互斥，只是解釋角度與層次不同罷了。正如同我法律對施用毒品者科以刑罰，一方面是為了保障施用者之生命身體健康，但另一方面是避免社會治安敗壞，其實兼含個人法益及社會法益。

第二項 客體之年齡在犯罪判斷上之作用

本罪在條文用語上非常簡要，敘述上僅以被害客體年齡層及行為手段係性交或猥褻作為規範主要。但，被害客體之年齡卻是本罪適用或量刑之輕重之重要關鍵。因此客體年齡在本罪之判斷上有二層主要意涵：

一、未滿 16 歲之客體才是目前本罪所要特別保護之對象，縱使行為手段是在和平狀態下所為，行為人皆要負刑責。然而，究竟認為幾歲以下之兒童青少年應該被特別保護，依每個時代每個社會中兒童青少年之身心發育以及當時之社會道德觀而有所不同。

二、行為人若對於客體之實際年齡缺乏認識，可能可以阻卻故意而無罪。若認為客體之年齡是客觀構成要件，那麼，行為人不論是明知或是未必故意，至少都要對客體之年齡有所認識才得以處罰，否則係構成要件錯誤，形成不等價之錯誤，阻卻故意，除非本罪有處罰過失犯，否則是無罪。但若認為客體年齡只是客觀處罰條件，那麼，行為人是否對客體年齡有所認識並不影響犯罪之成立，只是影響處罰之輕重罷了。但實務及學者多數認為年齡是本罪之客觀構成要件，否則有違刑法第 12 條之意涵。

第三項 「意不意願」的纏繞

本罪並未如同章之其他條文對行為之手段態樣有特別敘述，因此歷來實務及學說及通說都不反對本罪最大不同於其他條文之適用前提是：和平手段且外觀上未違反客體之意願。當幼年人有明確表示不要或以哭喊之方式表達不要時，都不會造成爭議，最大的爭論點是：外觀上沒有說不要或沒有用行為反抗，究竟是要認定「有意願」還是

「沒意願」?往昔實務上不少判決因為立於成年人之思維模式或是承襲於傳統對於女性的誤解，認為既然沒有說不要，那就是要。因此，在承審成年行為人對未滿 16 歲人為性交時，常落入二分法的區分模式，「有說不要」或「有反抗」，是強制性交；「沒有說不要」或「沒有反抗」，就是合意。而此種思維模式直接連帶影響判決適用法條與刑度。

事實上，成年人基於個性、反應、成長環境等，都可能不善表達憤怒或恐懼。而一定年齡層以下之兒童少年對於性行為更是有時會因驚恐而呆若木雞，不知如何拒絕或保護自己，甚至對於性的真諦更是一知半解。縱使當下外觀上用言語明確同意行為人將性器官或異物放入自己之生殖器，也可能只是因為誘導或好奇而同意行為人作出該種動作，但他(她)絕對不是因為真的了解性交而同意與行為人為性交。因此，本文贊同將妨害性自主罪章之「違反其意願」解讀為「欠缺有效的同意」，尤其當被害客體是一定年齡以下之兒童或青少年，在判斷行為人是否有違反意願之同時，更應兼顧審酌是否「得客體之有效同意」。

此外，本文認為最高法院 99 年第 7 次刑庭決議中之丁說見解觀點可供參酌。丁說認為將刑法第 225 條第 1 項之『其他相類情形』，解釋包括年幼無知而不知抗拒之情形，而不以有身障、智障者為限。尤其對於利用客體年幼無知而不知抗拒而與之性交之成年人，論以刑法第 225 條，尚可依兒童及少年福利保障法第 112 條加重其刑至二分之一，予以嚴懲。讓刑法第 227 條之態樣僅保留二種情形，一為兩小無猜之情形；另一則是得客體有效同意(真的了解性交意義而同意性交)之情形。

第四項 兩小無猜類型除罪化之疑慮

針對兩小無猜類型，除罪化與否之聲浪都是立基於保護幼年人，只是角度不同罷了。除罪化者擔心幼年人兩情相悅下彼此合意所為之性交行為被汙名化且容易被有心人士利用藉此索取和解金。

但青少年發展階段畢竟是同儕傾向為主，對於許多事情，尤其關於性事，常不敢或羞於啟齒。不除罪化反而可讓社會大眾更嚴肅看待與幼年人為性交猥褻此件事，讓所有與幼年人性交猥褻之情形者，皆先經過司法機關之過濾，防止非合意之性行為被掩蓋。會將子女與年輕男女朋友間因情竇初開而發生之性交猥褻行為當成勒索和解金的籌碼之家長畢竟是少數，況且當法院發現有此種情形發生時也可酌減和解金，或是調查家長是否有變相對價性交易行為而觸犯兒童及少年性交易防制條例。吾人僅能暫時把除罪化當成是一種未來之展望與目標。

第五項 量刑差異過大影響司法公正性

本罪之法定刑規定其實並不低，尤其當被害客體係未滿 14 歲者時，刑法第 227 條第 1 項與第 2 項之規定刑度，如同是準強制性交罪與準強制猥褻罪，因為法定刑分別等同於刑法第 221 條之強制性交罪及第 225 條之強制猥褻罪。甚至被害客體係 14 歲以上未滿 16 歲者時，最高亦可判到 5 年。但運用到實務操作上，法官量刑有時卻過於輕淺。以高雄地方法院 99 年訴字第 422 號為例，被害人是 7 歲以下之幼童，縱使法官認定加害人未使用強制手段，而變更檢察官強制性交罪之起訴法條改依刑法第 227 條審理亦無可厚非，但該罪法定刑是 3 年以上 10 年以下，但加害人卻僅被判三年二月，依此邏輯，被害人

僅6歲，都只判3年多，那麼，筆者實在想不出究竟何種情況下適用刑法第227條可判到10年。

刑度具有數字之外觀，容易讓人覺得可借用自然科學之方式找出客觀公平之答案。但法律問題畢竟是人文科學之一環，案件之間縱使有同一性因子也一定有特異性因子，亦即每個現實生活中發生的案件其當下內外條件都不可能百分之百的相同，因此要讓各法院之間或同院各庭間對量刑結果都有客觀一致性，其實不容易，就連同一法官針對類似案件之量型也未必一致，然而，量刑縱然如前所述，不可能達到客觀一致性，但也正因其有許多因素造成量刑結果有時歧異過大，有違量刑正義，更應藉由一套參考標準，盡量讓其差異值落在合理之區間內，達到真正之正義¹，當然，此種理想不僅存在於法官，諸如檢察官之聲請簡易判決處刑或緩起訴處分或易刑等也涉及到量刑之實質正義，而應有一套審查機制。

第二節 建議

第一項 本罪保護客體年齡之再調整

刑法第227條之年齡區分，或甚至是最高法院99年第7次刑庭決議以未滿7歲做為無性交合意之意思能力之界線，雖最終目的皆在保護一定年齡以下之幼年男女身心健全發展，但在保護範圍上似乎又嫌過於刻板，差一天就滿7歲、滿14歲、滿16歲，可能前後所受的保護力就天壤之別，況且14歲以下涵蓋嬰兒、幼兒、兒童、少年等

¹ 林修平，*量刑正義的對話—以台灣板橋地方法院檢察署推動「妨害性自主案件具體求刑」經驗為例*，*檢察新論*，第12期，2012年7月。

多層認知學習發展階段，不可一概而論，因此建議通盤了解現今兒童及青少年對於性交行為及相關法律規範之了解程度，以及發展親密關係的年齡層與程度並委由兒童青少年心理專家協助確認年齡區分界線為宜。

第二項 導入過失犯之概念

再者，本文強烈建議未來修法導入過失犯之概念可兼衡現今行為人對於客體年齡缺乏認識所造成構成要件錯誤而阻卻故意，終致無罪之情形。其實，司法官也知道判無罪或不起訴可能誘引起媒體之騷動，同時也更想讓行為人有所警惕與處罰，但礙於法令之規定不得不判無罪或不起訴。現階段則建議藉由對於行為人間接故意之內涵採較寬鬆之解釋，由司法官依個案具體考量行為人與被害人認識的場合，或其行為人與被害人之共同朋友或行為人是否有進行盡查證之能事等狀況，整體判斷行為人是否抱有未必故意之僥倖心態而與未滿 16 歲男女發生性行為，希冀給予青年人較多的保護。

第三項 兩小無猜類型現階段不宜除罪

關於本罪所涉及之兩小無猜情形，本文贊同未來朝除罪化邁進，但，考量妨害性自主罪雖普遍改為非告訴乃論，卻往往有較低的報案率與定罪率，且舉證上不易，被害人若不願配合或陳述不實則往往難以定罪。成年人面對性事多難以啟齒，更遑論青少年能勇敢主張性自主權。或者，與其說基於社會道德觀而反對除罪化，毋寧說更擔憂青少年間因過早產生性行為所衍生之暴力、性病、墮胎、小爸爸小媽媽等身心、家庭及社會問題，畢竟現今兩性教育不夠充足，青少年尚未

建立身體自主權之觀念，加上除罪化後相關輔導教育機制或如何認定「合意」等配套措施尚未建立，貿然除罪恐引起社會之反彈。

因此，我們基於保護幼年男女身心健全發展的心意，寧可嚴肅藉由司法程序過濾兩小無猜雙方，也不希望遺漏對於隱含非合意性交情形之發掘，畢竟真正兩小無猜兩情相悅下所產生的親密行為可能是年少時期青澀的回憶，而非合意下所產生的性交行為，卻可能是一輩子揮之不去的陰影，也可能影響到未來之人格之穩定性。取捨之間，本人只能認為在未有更好對策之前不宜除罪化。

第四項 建立量刑參考標準追求量刑正義

量刑正義方面，本文認為量刑的落差應該不僅存在於妨害性自主罪章，針對民眾比較在意之議題，譬如重大經濟犯罪或重大民生議題（黑心食品、黑心建商）等，皆應有可資參酌之量刑標準方為妥適，而非被動式修法。正如正義聯盟發言人當初所表示：「民眾要的是司法院能有『自省式修法』，法律是制式化的法條，經過妥適的引用或擴張意義，仍可伸張正義」，畢竟法律再如何修改，速度都不可能趕得上時代，也不可能將各種狀況包羅入列，因此民眾期許的法官絕不僅是法匠，而是不與社會脫節的正義使者。



附錄

The background features a large, light gray watermark of the Tungshai University seal. The seal is circular with a scalloped edge. It contains the university's name in Chinese characters '東海大學' at the top, 'TUNGSHAI UNIVERSITY' in English around the middle, and the year '1955' at the bottom. In the center of the seal is a cross symbol above a series of horizontal lines.

刑法妨害性自主罪章法院輕判 之 研究分析報告

正義聯盟志工分析整理

中華民國 100 年 2 月 14 日發表

一、前言

民國99年8月媒體陸續揭露法院對於婦女幼童性侵案件輕判之現象，經網友曾香蕉先生在臉書抒發感想後引起網友熱烈討論與支持，並在不到一個月的時間內於網路上完成連署，進而由曾香蕉先生與志工組成正義聯盟，籌辦白玫瑰運動並號召大眾於民國99年9月25日齊聚凱達格蘭大道，齊聲呼籲政府針對法官輕判提出改善方案，以保障婦女幼兒之安全，並建立公平正義的司法環境。

針對正義聯盟所發動的白玫瑰運動，總統、司法院及法務部雖然都在很短的時間內發表聲明，表明支持對於法官背離民意的判決應予有效改善的態度，以及進行司法改革的決心。然而在近二個月的冷靜觀察政府相關主管機關的因應措施及態度後，正義聯盟已確認所有動作只在平撫民怨而做形式上的改變，對於真正發生原因卻避而不究，正義聯盟深覺有負所有響應白玫瑰運動民眾的期盼的社會責任，經志工於臉書討論達成共識之後，決定深挖造成法官對於妨害性自主案件輕判的真正原因，並揭發公眾，讓相關主管機關避無可避，再無矯詞，必須大刀闊斧進行有效的改革。

從民國99年11月下旬開始，正義聯盟志工分二階段進行妨害性自主罪相關資料的蒐集與分析。第一階段針對各高等法院及地方法院於司法院法學檢索系統所能瀏覽的1,661件妨害性自主罪判決書，剔除與犯罪行為實體無關或內容不完整的判決後，從712件判決書所載證據、判決理由及量刑標準逐一檢視、分析並予以歸納，為期一個月直至民國99年12月20日止。第二階段則針對妨害性自主案件事實發生開始到法院受理案件前，各個主管機關相對應的處理流程，進行連結性的檢視證據取得與事實之認定，以確認法院輕判是否有其不可避免之障礙存在，以及整合第一階段的分析結果完成深挖目的。

根據二個階段的分析結果，正義聯盟很輕易的得到了5個非常明確的結論：

- (1) 法院輕判妨害性自主罪並非個案，而是整體審判現象；
- (2) 獨立審判只是司法院用來搪塞司法改革遲緩的藉口，法官根本尚無獨立審判的空間；
- (3) 輕判確實為法務部所稱法條問題，必須進行修法，但主要癥結不是刑法第16章的妨害性自主罪章；
- (4) 負責妨害性自主案件的各主管機關，固然因為人力、物力及專業訓練的不足，造成執行效果未見彰顯，但真正影響執行效率的原因，卻來自於司法體系的故步自封及欠缺解決問題的積極心態所致；
- (5) 假設(1)到(4)結論所代表的現象沒有解決，立法院正在審議的法官法(包括評鑑機制)或是法務部計畫的提高刑責修正案，都無法改變輕判的現象。

二、各法院判決有關妨害性自主罪之量刑標準分析結果

(一)、 量刑結果分析

如前言所述，正義聯盟於一個月內針對司法院法學檢索系統所能瀏覽的1,661件妨害性自主罪判決書，剔除與犯罪行為實體無關或內容不完整的判決後，從712件判決書所載證據、判決理由及量刑標準逐一檢視、分析並予以歸納。但是，基於本次目的是在深挖法院輕判的真正原因，而每一判決書內，可能涉及多數被害人、被告以及多個犯罪行為，彼此之間或有關連亦或得以切割，但均足以影響法院判決之態度，所以正義聯盟志工分析結果之數字不以判決書數量為基準，反以宣告刑數量來呈現法院判決之現象。因此，正義聯盟志工在712件判決書中，總計分析了893件宣告刑，其中775個宣告刑涉及妨害性自主罪，其細目如下：

- (1) 刑法第221條，209個宣告刑；
- (2) 刑法第222條，113個宣告刑；
- (3) 刑法第224條，74個宣告刑；
- (4) 刑法第224-1條，52個宣告刑；
- (5) 刑法第225條第1項，96個宣告刑；
- (6) 刑法第225條第2項，26個宣告刑；
- (7) 刑法第226條第1項，1個宣告刑；
- (8) 刑法第227條第1項，67個宣告刑；
- (9) 刑法第227條第2項，23個宣告刑；
- (10) 刑法第227條第3項，87個宣告刑；
- (11) 刑法第227條第4項，16個宣告刑；
- (12) 刑法第228條第1項，7個宣告刑；
- (13) 刑法第228條第2項，4個宣告刑；

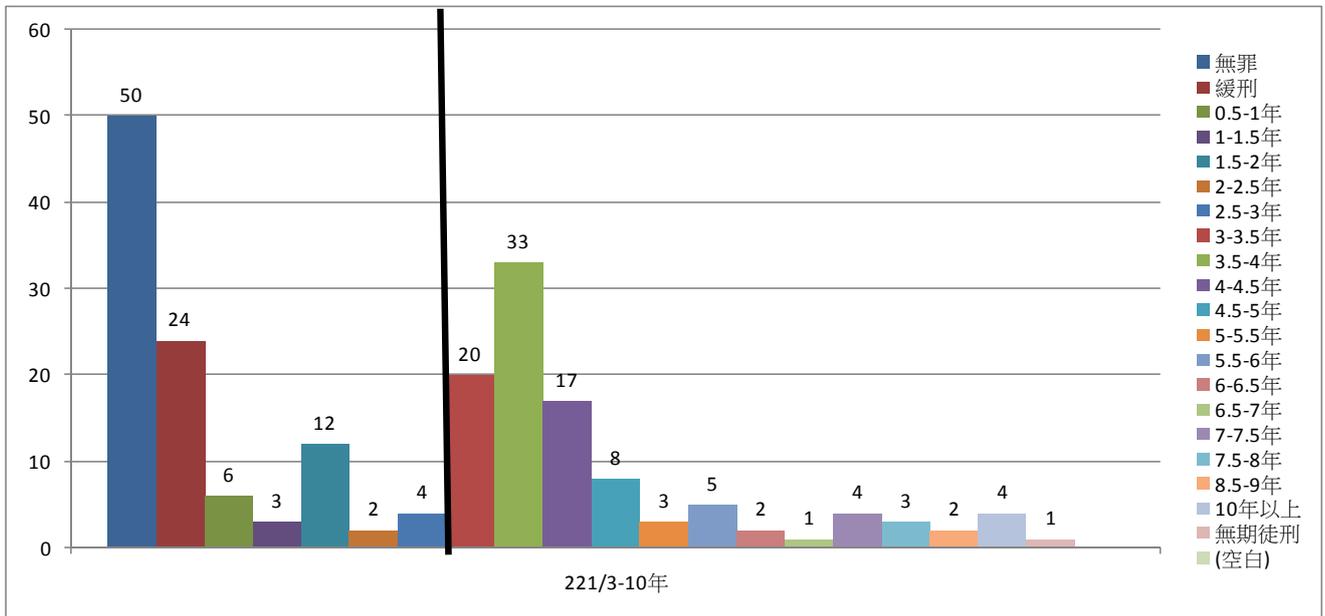
依法而言，法院之量刑應以刑法法條上所規定的法定刑範圍內為主，其次再依主客觀情勢斟酌適用刑法加減刑之規定而做調整，以適切反應法定刑過於剛性的缺點，這也是獨立審判精神最重要之處，更是法院判決是否足以呈現當時社會環境公平正義衡平的表現。

弔詭的是，當正義聯盟志工於分析上述13種宣告刑並製成統計圖表如下時，卻發現各種宣告刑，35%都低於法定刑刑期；刑期比法定最低刑多6個月以內者，占了62%；而刑期比法定最低刑多1年以內者，占78%；比法定最低刑多年以上者僅有22%。因此，從各圖表所顯示的量刑態樣及所顯現的數字來看，法院針對妨害性自主罪輕判，絕非個案，而是整體現象已不言可喻！

第二百二十一條

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。

前項之未遂犯罰之。



無罪 50 件

判刑但低於最低刑期者 51 件，占 33%

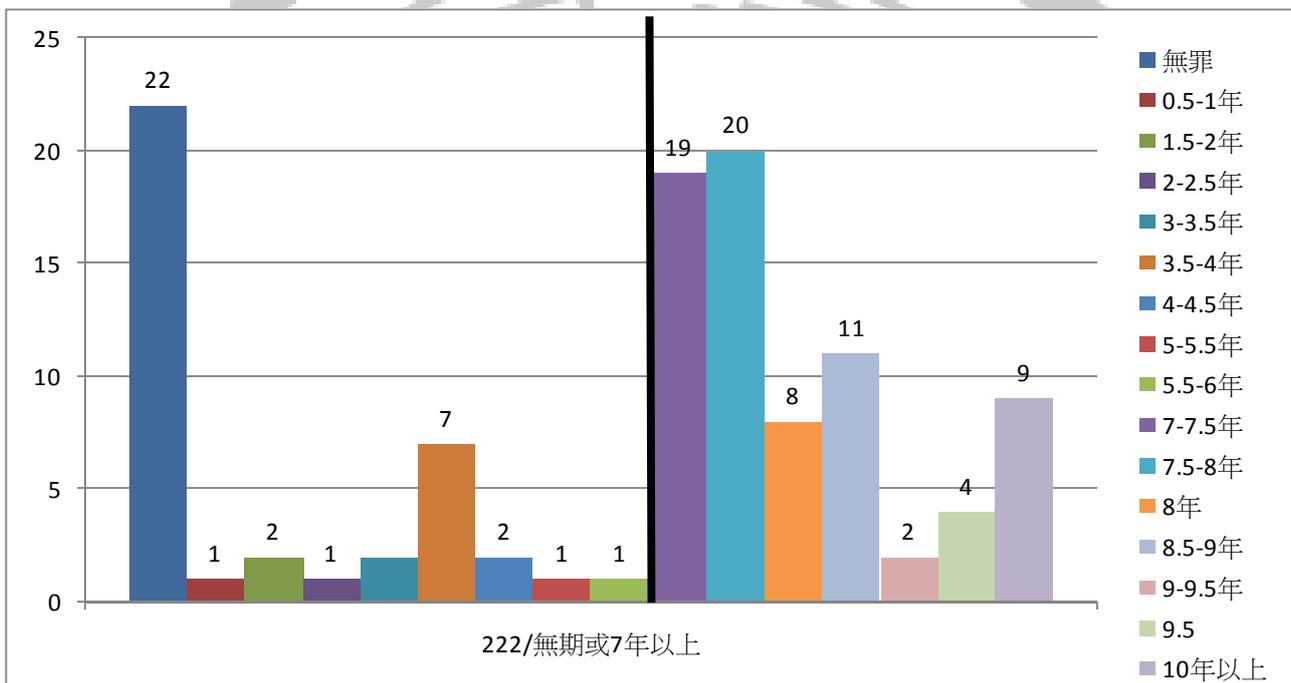
高於最低刑期 6 個月以內者 71 件，占 46%

高於最低刑期 1 年以內者 104 件，占 68%

第二百二十二條

犯前條之罪而有左列情形之一者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑：

- 一、二人以上共同犯之者。
- 二、對十四歲以下之男女犯之者。
- 三、對心神喪失精神耗弱或身心障礙之人犯之者。
- 四、以藥劑犯之者。
- 五、對被害人施以凌虐者。
- 六、利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者。
- 七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者。
- 八、攜帶兇器犯之者。前項之未遂犯罰之。



無罪 22 件

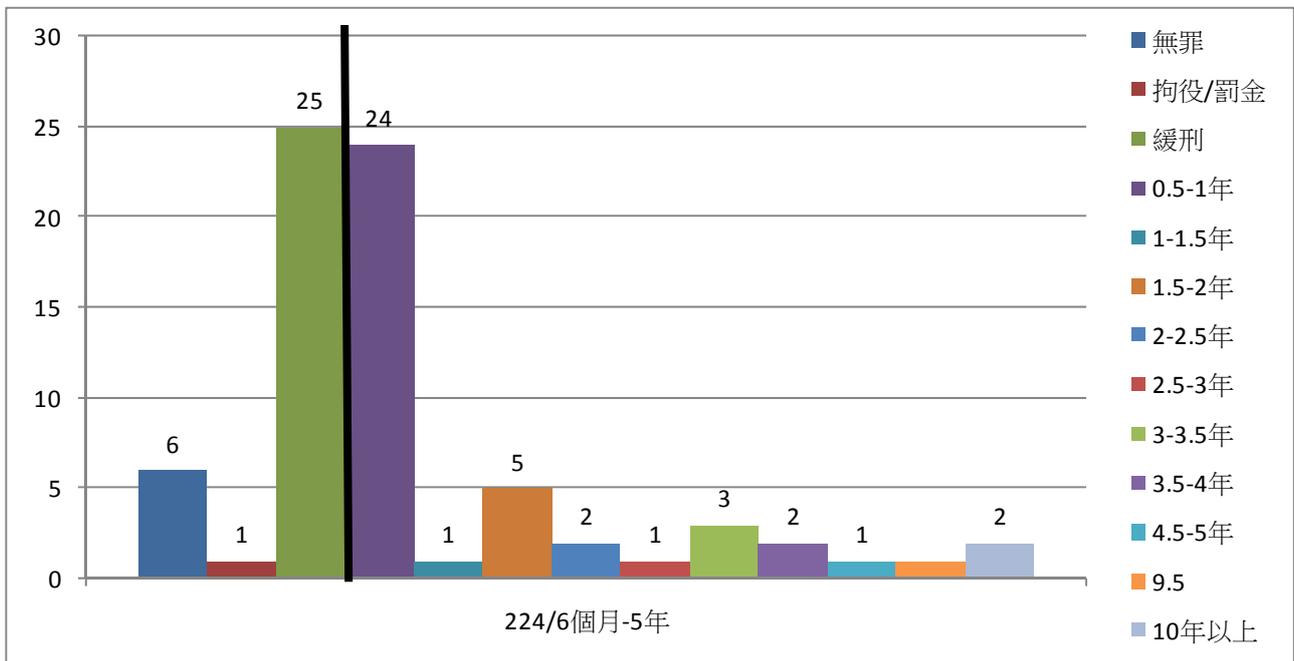
判刑但低於最低刑期者 17 件，占 19%

高於最低刑期 6 個月以內者 36 件，占 40%

高於最低刑期 1 年以內者 56 件，占 62%

第二百二十四條

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，處六個月以上五年以下有期徒刑。



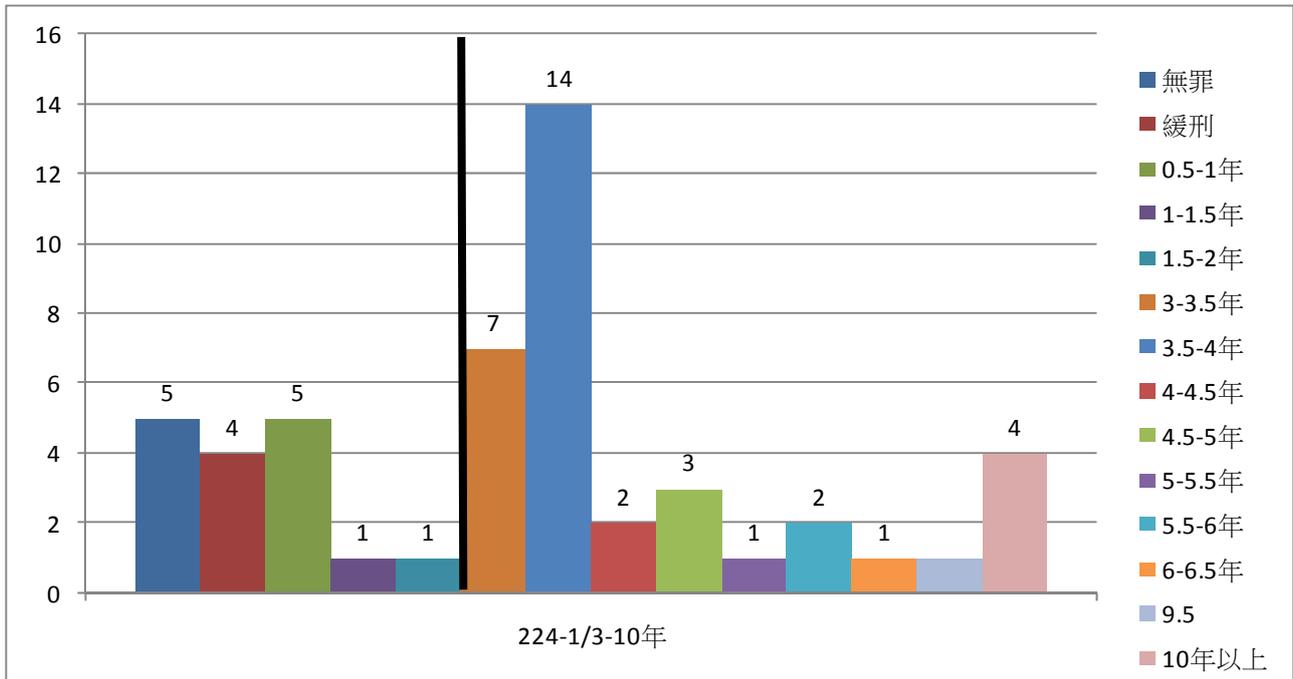
無罪 6 件

判刑但低於最低刑期者 26 件，占 38%

高於最低刑期 6 個月以內者 50 件，占 74%

第二百二十四條之一

犯前條之罪而有第二百二十二條第一項各款情形之一者，處三年以上十年以下有期徒刑。



無罪 5 件

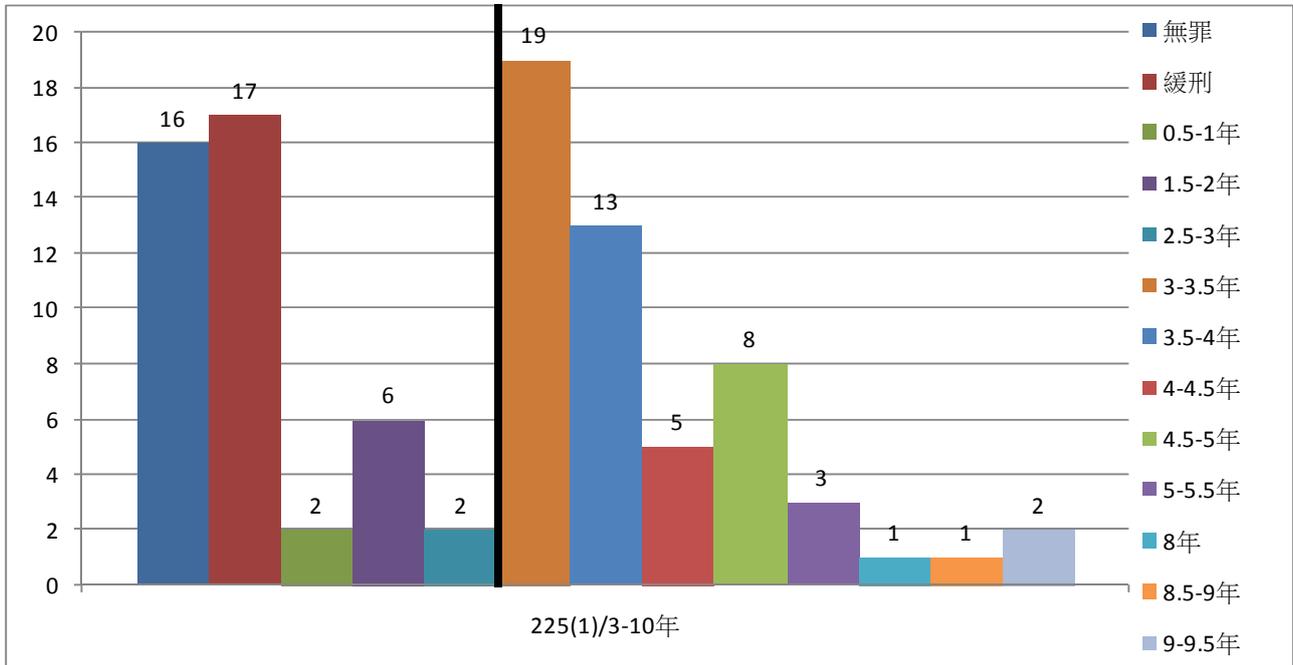
判刑但低於最低刑期者 11 件，占 24%

高於最低刑期 6 個月以內者 18 件，占 40%

高於最低刑期 1 年以內者 32 件，占 70%

第二百二十五條第一項

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。



無罪 16 件

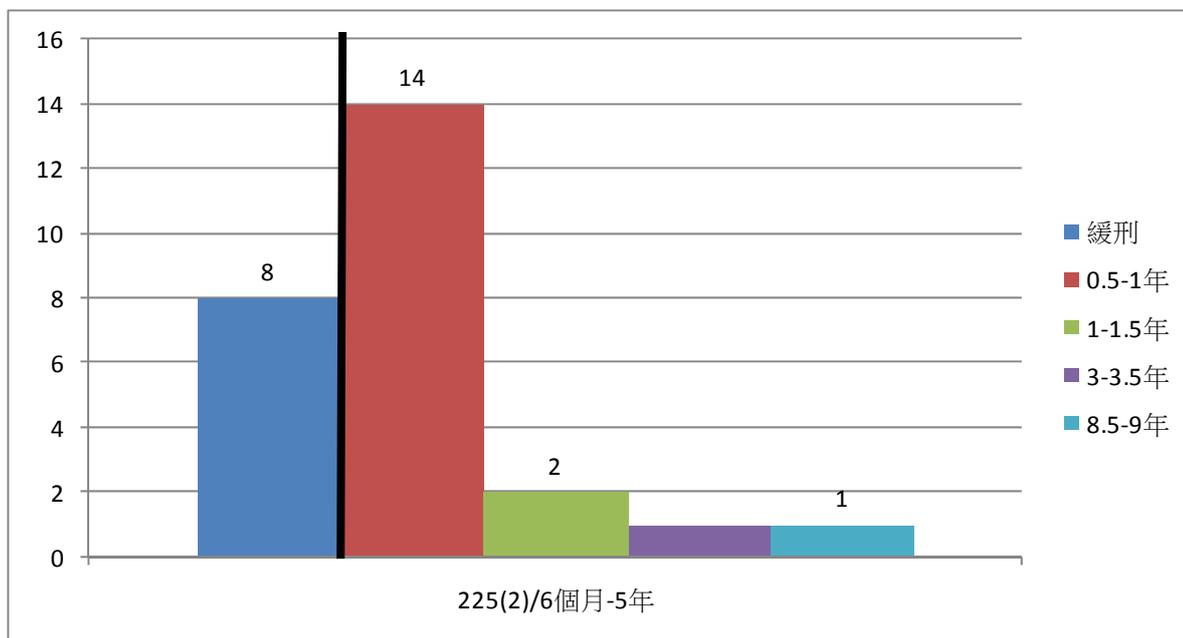
判刑但低於最低刑期者 27 件，占 34%

高於最低刑期 6 個月以內者 46 件，占 59%

高於最低刑期 1 年以內者 59 件，占 75%

第二百二十五條第二項

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。

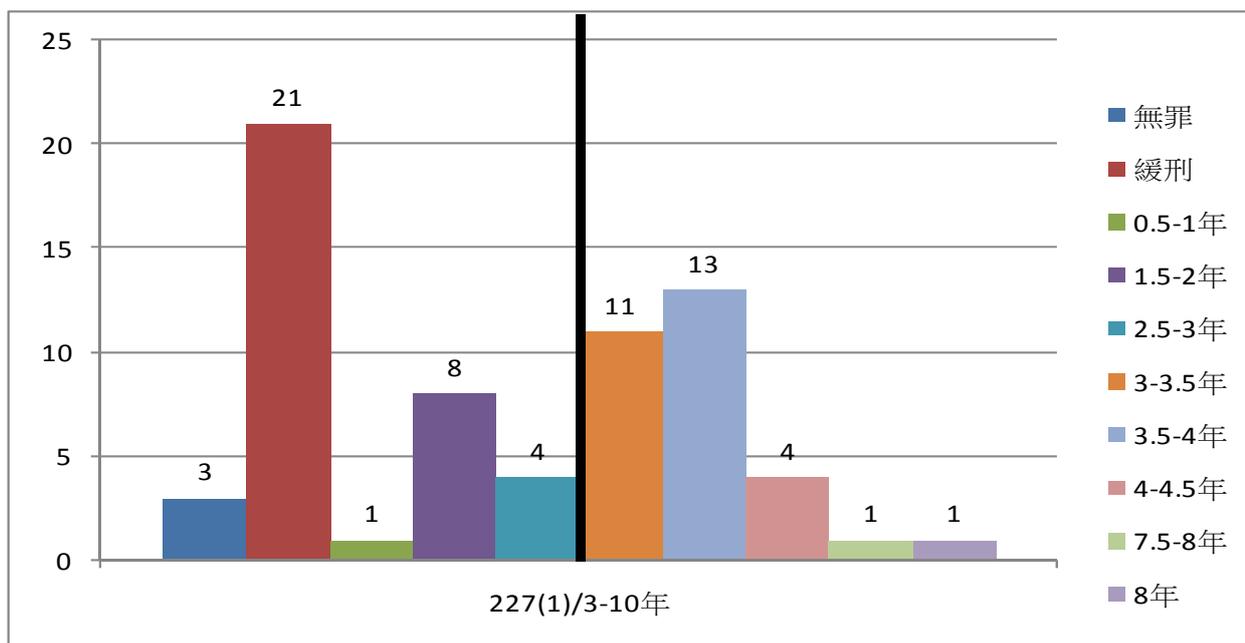


8 件判緩刑，占 30%

22 件落入 1 年刑期以下，占 85%

第二百二十七條第一項

對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。



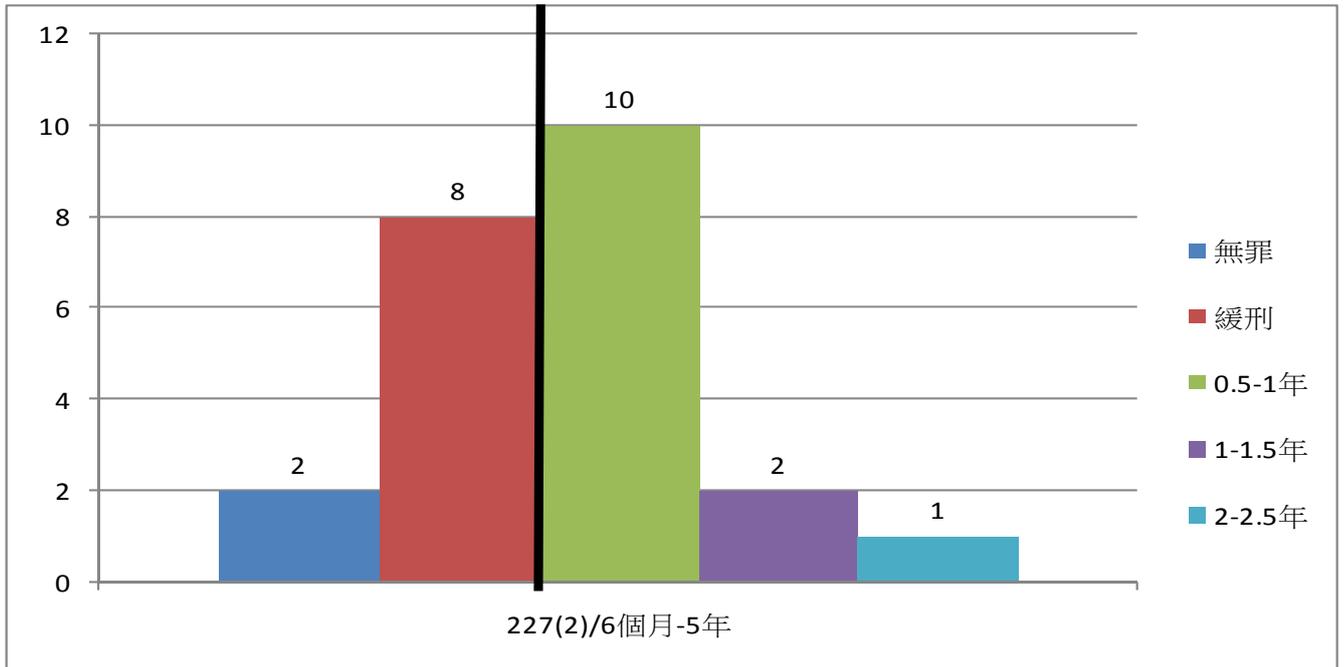
無罪 3 件

判刑但低於最低刑期者 34 件，占 53%

高於最低刑期 6 個月以內者 45 件，占 70%

第二百二十七條第二項

對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六個月以上五年以下有期徒刑。



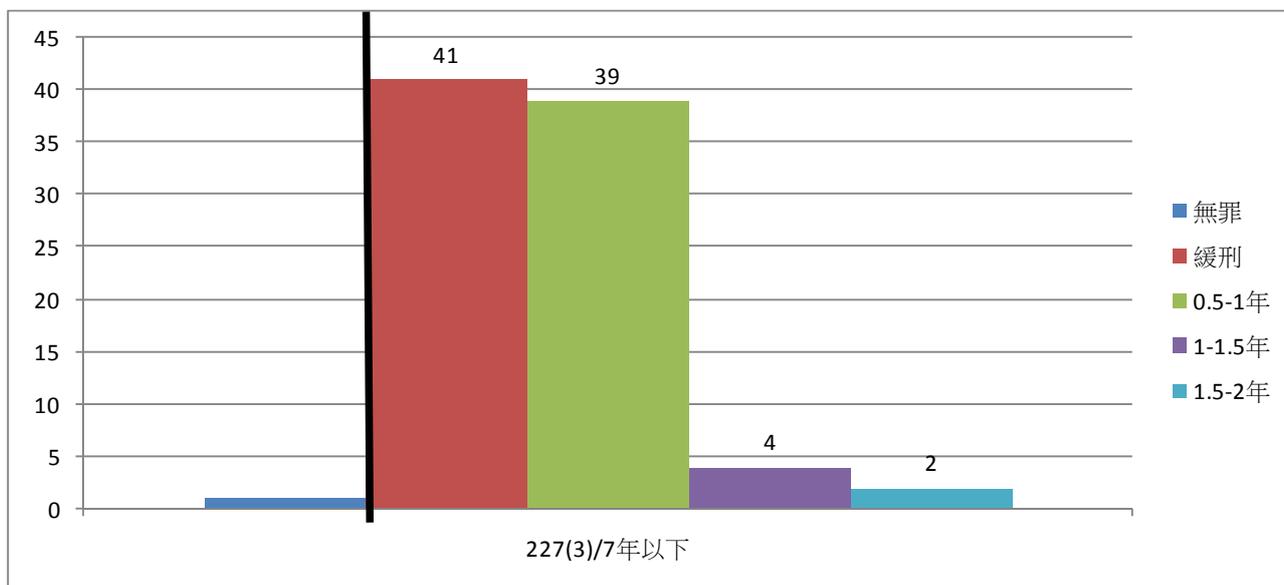
無罪 2 件

判刑但低於最低刑期者 8 件，占 35%

高於最低刑期 6 個月以內者 18 件，占 78%

第二百二十七條第三項

對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑。



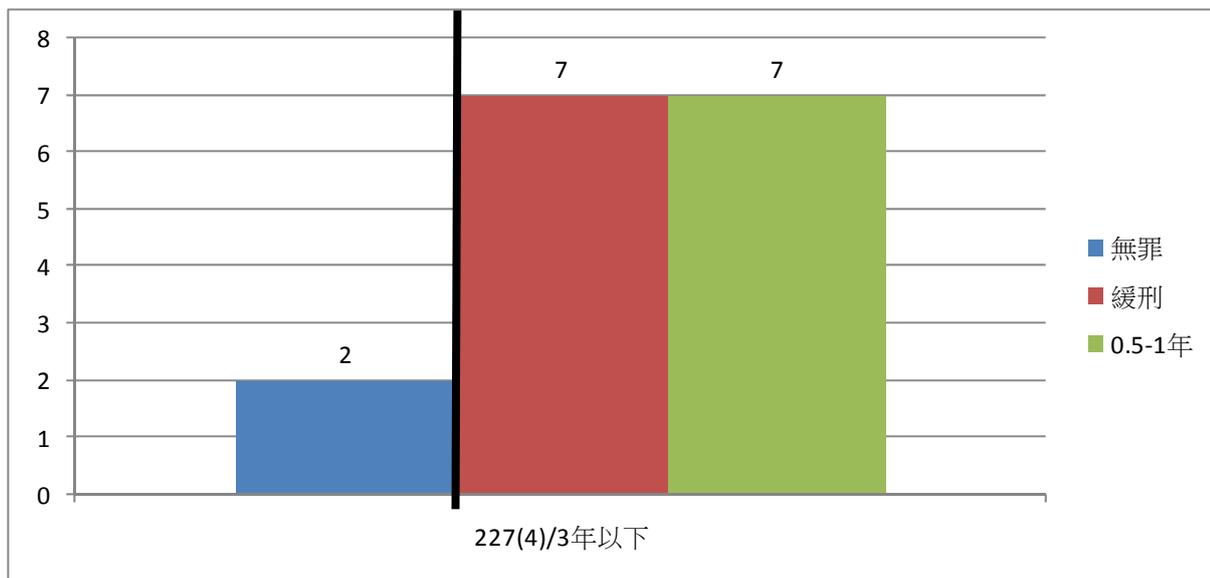
無罪 1 件

緩刑 41 件，占 48%

判刑 84 件，落入 1 年 6 個月以內刑期，占 98%

第二百二十七條第四項

對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。



無罪 2 件

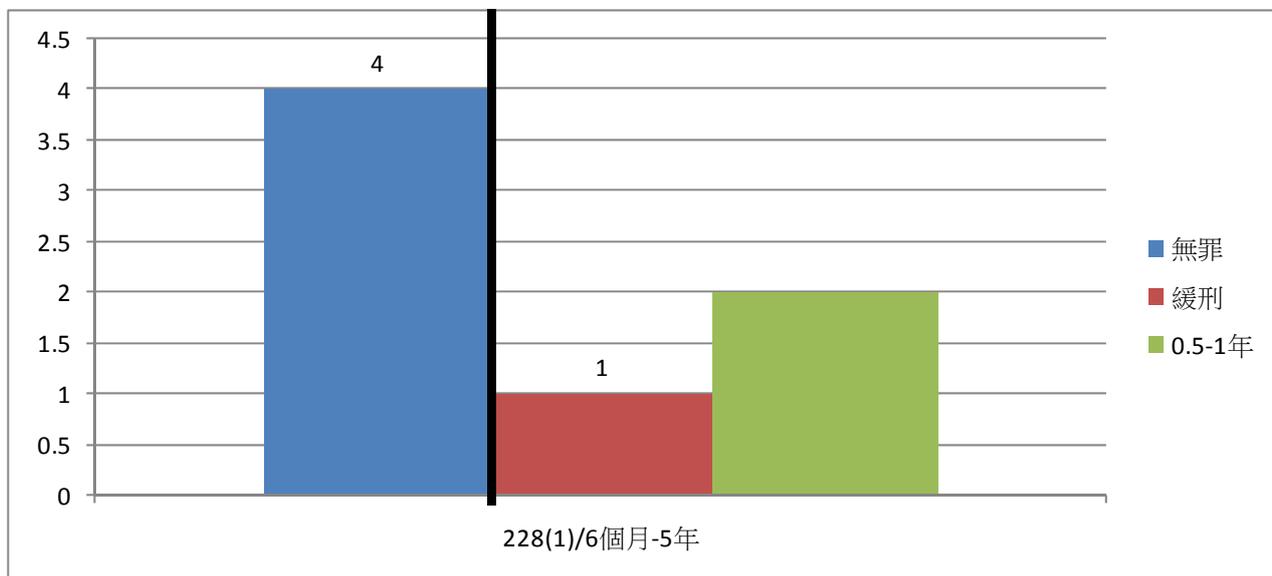
緩刑者 7 件，占 50%

判刑 14 件，落入 1 年刑期以下占 100%

第二百二十八條第一項

對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、

扶助、照護之人，利用權勢或機會為性交者，處六個月以上五年以下有期徒刑。



無罪 4 件

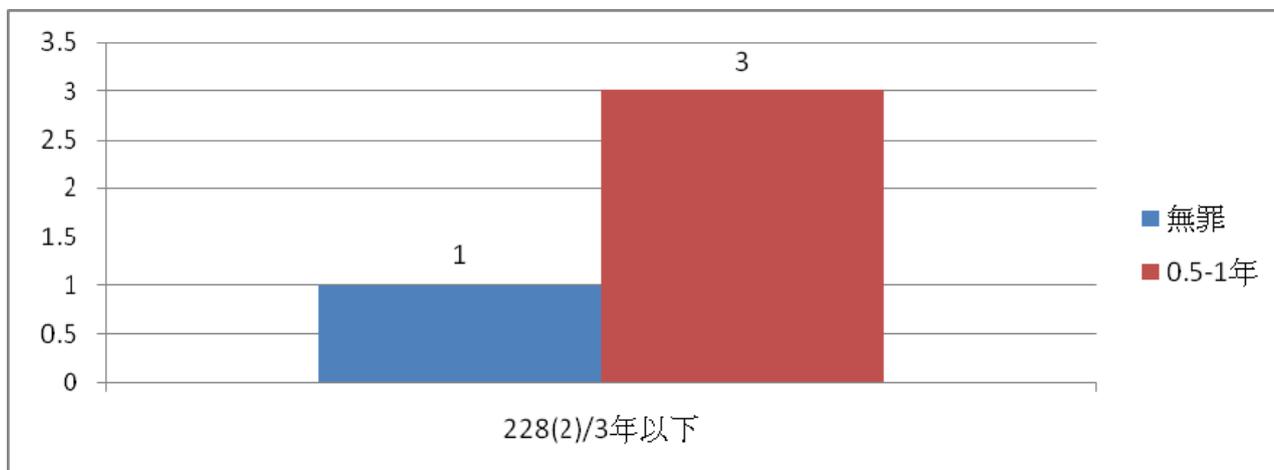
緩刑 1 件，占 33%

判刑 3 件，落入 1 年刑期以下占 100%

第二百二十八條第二項

扶助、照護之人，利用權勢或機會為性交者，處六個月以上五年以下有期徒刑。

因前項情形而為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。



無罪 1 件

判刑 3 件，落入 1 年刑期以下占 100%



(二)、 量刑標準分析

(1)、法院科刑輕重之標準，當依刑法第 57 條第 1 項所列 10 款情形。而此 10 款情形僅係應行注意事項，其所審酌之事項，必須於判決理由內具體加以說明，方足資為判斷量刑是否為當之準據。原判決理由祇泛稱：審酌被告犯罪動機、手段、所受刺激、犯罪後態度等情狀云云。僅為法律上抽象之一般規定，並未就個案說明各該是項之具體情形，其量刑是否適當，自屬無從據以斷定，其理由復有未備。此為 78 年台上字第 1949 號判決所明示，亦為正義聯盟志工於分析各判決量刑標準時之圭臬。然而，正義聯盟志工卻發現各判決全然落入”公式”內，幾乎無一倖免：

刑法第 57 條第 1 項所列 10 款	各法院判決理由公式
犯罪動機	衝動、一時意亂情迷、一時失憶、年輕氣盛、兩情相悅
犯罪目的	逞一己之私
犯罪時所受之刺激	不醒人事、四下無人、酒醉不能抗拒
犯罪之手段	尚稱平和、手段殘暴
犯人之生活狀況	小康、家境貧困、家世困窘、家有老小、經濟支柱、身罹數病、領有殘障手冊
犯人之品行	素行良好、偶罹刑章、並非惡性重大之人、顯非善類，未受任何有期徒刑以上刑之宣告
犯人之智識程度	懷疑有反社會人格傾向、國小國中畢/肄業、弱智
犯人與被害人平日之關係	生父、繼父、男女朋友、與被害人育有子女
犯罪所生之危險或損害	節省有限之司法資源、罔顧性自主權、造成身心不可抹滅之傷痛、心理陰影、影響人格發展
犯罪後態度	自白、坦承犯行、矢口否認、未具悔意、和解

上述”公式”由法官依個案情形選擇適當例句後，在加上每一個判決都可看到的”考量其犯罪手段、目的、動機、本件造成被害人之損害及其影響等一切情狀…”後，便完成整個判決理由。綜觀全文，或難謂非無具體情形，但當所有判決 2/3 以上的宣告刑都靠近法定刑的最低刑度時，甚至惡性重大與素行良好兩種截然不同的態度都判以最低刑度時，所謂法定刑的範圍居然無從區隔犯行程度，所謂具體情形更難以窺究科刑輕重之標準時，甚至當法院正義凜然、義正嚴詞的於判決書中批判被告犯行之嚴重所造成被害人身心俱創，卻仍施以輕判時，若非各級法院已形成默契或潛規則，很難合理解釋量刑的從輕趨勢是在獨立審判的情形下所形成。

(2)、所有分析之判決有 1/2 的宣告刑均低於法定刑，究其原因多在於法院引用刑法第 59 條之”犯罪之情狀可憫恕者”或依刑法第 74 條之”暫不執行為適當者”而宣告緩刑。然則依歷年來實務之通說，刑法第 59 條得可憫恕者，應於客觀上足以引起一般同情；而緩刑更應符合法定構成要件方得為之。可惜的是，觀諸所有判決適用上列”公式”的情形下，幾乎沒有一件

符合客觀上足以引起一般同情，法院卻在依刑法第 57 條決定科刑輕重後，仍援用刑法第 59 條減輕刑期。

更嚴重的是，法院更擴大刑法第 74 條的”暫不執行為適當”的主觀判斷標準，造成總計達 149 件為緩刑判決。其中不乏甚難合理解釋者：

- (甲)、 高等法院院花蓮分院 95 年上訴字第 248 號判決：
查被告線仍為公務員，再過幾年即可退休，為免影響其公務員生涯；
- (乙)、 南投地方法院 99 年訴字第 152 號判決：
為了保持家庭完整；
- (丙)、 高雄地方法院 98 年訴字第 1643 號判決：
再讓被告在監服刑，對其社會化、家中老小之生活，均生影響；

(三)、 影響法院輕判之原因

(1)、在分析所有判決內容時，可以明顯發現囿於傳統證據法則於妨害性自主罪上的實體證據取得的限制，以及法官甚難身歷其境感受被害人所受之心理創傷嚴重程度及復健期間久遠又不確定，僅得就外觀上之傷害加以評斷，及被害人隱忍避免二次傷害，或雙方達成和解等因素，造成法官仍將妨害性自主罪與傷害罪放在同一天平上予以衡量罪刑所致。然而法定刑乃經立法院體現民意三讀通過所訂定，法官自應忠實客觀反映法律規範之內容，而非主觀復草率地予以輕忽，反而違背立法意旨。況且，八十六年台上字第七六五五號判決也強調量刑必須符合所適用法律授權之目的，並受法律秩序的理念、法感情及慣例所規範，尤其是違反比例原則、平等原則時，得認係濫用裁量權而為違法。

(2)、法官受憲法保障、社會地位崇高，輕判絕非有受工作權被剝奪，或因社會打壓等壓力而不得不然。因此法官輕判之原因除了上述自身主觀上的盲點外，繁重的案件量及前途發展順暢應是其外在影響的因素。此由相關判決中和解及悔改獲得輕判的比例超過 50%，而其上訴件數寥寥可數可略窺一二。再加上司法院每年力行上訴率及維持率數字的降低，以彰顯判決品質提升的成果，莫不帶給法官以輕判來換取不上訴的漂亮數字。可悲的是，以司法院僵硬的計算上訴率及維持率的公式，根本無從由實際判決中來判斷裁判品質是否提升，反而造就法官紛紛放棄憲法所賦予的獨立審判權力，以及忽略現代刑法著重服刑期間的矯正與感化教育。輕判的影響，不僅僅是公平正義得否伸張，受害人有無合理安撫受創心靈的機會，更是因為刑期縮短造成獄政教育無法完整實施以及假釋機率升高，所產生的擾亂社會秩序的再犯罪問題。

(四)、 小結

法官輕判絕非個案，而是整體司法環境所造就的集體行為。在這種惡性循環的司法環境一天無法徹底改革前，(1)法官法無法透過懲戒程序予以糾正，因為非屬”重大過失”或”違法失職”。(2)評鑑制度也無法真正發掘真相，除了評鑑制度並非每年定期全面性實施外，上訴率

或維持率數字漂亮的法官，對於無從審視全部判決內容的評鑑人員而言，仍屬績優人員。(3) 法務部即使修法提高妨害性自主罪章各條之刑度，也無法遏止輕判，因為刑法第 57、59 及 74 條提供法官莫大的空間來從輕量刑。

三、事實認定及證據取得之處理流程分析結果

(一)、各法院判決之證據認定分析

於所分析的判決中，法院所審閱的證據類型及件數如下：

- | | | |
|------|--------|-------|
| (1)、 | 人證： | 309 件 |
| (2)、 | 驗傷單： | 369 件 |
| (3)、 | 被告自白： | 374 件 |
| (4)、 | 物證： | 286 件 |
| (5)、 | 醫生/社工： | 70 件 |
| (6)、 | 其他： | 67 件 |

上列(1)至(4)項證據顯示大量的件數而幾乎主導整個判決中事實之認定，足證法院於審查時仍拘泥於實體證據之提出。然而妨害性自主罪事實之認定於本質上便有其障礙，尤其多數案件僅有被害人與被告單獨共處。因此，在本次判決分析中，尚有 112 件證據不足而致被告獲判無罪的案件，其原因不外乎被害人供述反覆不一、供述或表現違反常情、或是鑑定結果無法證明等等。如果再輔以醫生及社工僅於判決中出現 70 次，可見法院昧於妨害性自主罪之本質，忽略被害人因羞愧悲痛的逃避二次傷害心態，以及無法接受非實體檢驗報告所累積的專業知識與經驗，反而依主觀卻被背離社會一般知識來做為其心證依據。

(二)、各主管機關通報處理流程及證據取得分析

- 發布機關：**臺北市家庭暴力暨性侵害防治中心**
- 發布日期：**2010-01-06**

「我不清楚我在哪裡？我只記得最後喝下朋友的飲料後…醒來已在旅館…家人陪我去醫院，醫護人員詳細地告訴我驗傷及報案流程，驗傷完就看見警察、社工，還有檢察官也到醫院，檢察官還說，筆錄作完後會盡量減少我去出庭的次數，所有的人都像家人一樣地一再叮嚀我，要我好好休息，有任何需要都可以找他們幫忙……」臺北市政府自 90 年率先全國推動「性侵害被害人減少重複陳述」措施，有效降低被害人的焦慮與害怕。為提供被害人更完善服務，減少其於不同系統中奔波，自 97 年 6 月起更首創「被害人一站式服務」(One-Stop Service)，至 98 年底已有忠孝、陽明及婦幼院區加入，其中忠孝院區服務團隊更榮獲內政部 98 年度全國推動家暴及性侵害防治有功團體的殊榮。99 年 2 月 1 日起，和平、中興、仁愛及市立萬芳醫院及檢警單位將全面辦理「一站式服務」。一站式服務是由醫療院所提供友善專業之驗傷採證環境，警政、社政及檢察機關在同一空間進行筆錄詢(訊)問，減少被害人於警察局、醫院或地檢署往返奔波及重複陳述案情。

內政部於民國 90 年開始便制訂並實施上述新聞稿所稱” 性侵害案件減少被害人重複陳述作業”，藉著「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」（以下簡稱減述作業），提升服務品質並強化對被害人保護措施。參照內政部家庭暴力及性侵害防治委員會所編寫之減述作業理念篇所述，減述作業的推動有以下三大目標：

- (1)、 整合服務體系：整合檢察、警察、社政、醫療四大體系，使被害人感受到保護是整體且合作的，以減少體系間斷層所帶來的傷害。
- (2)、 減少被害人重複陳述：本作業的操作，是藉著檢察、警察、社政與醫療四大體系的緊密合作，透過會同詢（訊）問的方式減少被害人在各單位加總起來陳述的次數，以降低對被害人的傷害。
- (3)、 提升偵辦時效與品質：檢察官提前指揮進入詢（訊）問，並有社工員或專業人員在場，本作業以全程錄影（音）進行，避免被害人日後因距案發時間久遠，而記憶不全或喪失至無法陳述或陳述不完整。對提升性侵害案件偵辦的時效與品質，將有所助益。

綜而言之，減述作業是藉著操作過程中四大體系的整合，減低被害人接受詢（訊）問的次數，並提升偵查的時效與品質，以達到保障性侵害被害人權益的理想。

可惜的是，四大體系之整合中獨缺司法審判體系，也導致判決分析中僅有一件判決採用到依減述作業程序所取得之錄音帶作為被害人之證詞。由內政部歷年針對減述作業之檢討報告中一再強調須加強團隊精神之建立與持續溝通，顯然，司法體系囿於傳統實體證據之法則仍無法有效改變。

(三)、 各主管機關通報案件統計分析

相關主管機關處理妨害性自主罪/性侵害案件歷年件數統計一覽表

年度	地方法院判決件數	地方 法院 檢察署 偵查收 結件數					警政署 偵辦件數		內政部受理通報件數
		總計	起訴	不起訴	不起訴人數	因嫌疑不足不起訴人數	發生	破獲	
91	1,628								
92	1,692								
93	1,582								
94	1,630						3,220	2,738	5,739
95	2,045	3,453	1,818	1,170	1,260	1,130	3,235	2,894	6,602
96	1,634	3,442	1,788	1,235	1,346	1,206	3,615	3,396	7,703
97	1,926	3,740	1,943	1,331	1,456	1,323	3,447	3,328	8,521
98	1,669 (不包括簡易判決)	3,568	1,825	1,303	1,414	1,281	3,502	3,288	9,543
99		3,741	1,943	1,351	1,514	1,409	1,909 (1-10月, 僅限強制性交件數)	1,899 (1-10月, 僅限強制性交件數)	8,000 (1-9月)

註： 警政署統計件數包括強制性交，對幼性交及性交猥褻三種型態行為。

從上述統計一覽表，發現幾個數字代表著非常驚人的意義：

(1)、 從內政部通報件數直到法院判決件數來看，94 年有 4,109 件、95 年有 4,557 件、96 年有 6,089 件、97 年有 6,595 件、而 98 年更增至 7,874 件性侵害案件根本未經法院審理。固然各機關統計數字因案件持續進出而略有誤差，但保守說 98 年有 7,500 件經內政部受理的通報案件最後並未提起訴訟應屬公允。如果加上未通報的黑數以最保守的一倍計算，98 年約實際發生 20,000 件性侵害案件，平均每天發生 55 件，但法院可能只審判了其中的 1/10，甚

至不到。

(2)、 檢察署妨害性自主罪起訴與不起訴件數歷年大約都是 6:4，但是不起訴人數中約 90% 均因罪嫌不足。換言之，證據取得與事實認定於通報程序中仍有非常大的改進空間。

(四)、 小結

法院對於證據及事實的傳統認定有背於妨害性自主罪之本質，各受理通報之主管機關限於人力、物力及專業能力訓練之缺乏，再加上彼此間溝通上之障礙，不僅造成執行效果大打折扣，惡性循環的結果加上法院又輕判，有多少受害人願意挺身而出勇敢接受無情的辯論程序，讓自己二度、三度…受到傷害甚至永無終止？如果持續每年都有 20,000 件妨害性自主案件無法進入司法程序並獲得合理判決，可以想像這是對於性侵加害人的鼓勵，卻成為每一個家庭隨時要面臨的恐懼！

四、 結論

(一)、 司法院應盡速檢討上訴率與維持率之廢除，或起碼將計算公式重行設計，增加更實質涉及裁判品質之認定標準，才能真正從數字解讀司法裁判品質之改進，而非法官用以輕判的擋箭牌；

(二)、 司法院應針對妨害性自主罪訂定量刑基準，同時針對刑法第 57、59 及 74 條之條件予以更具體之說明，以避免法官濫用而輕判；

(三)、 司法院應真正落實妨害性自主罪之教育訓練，並主動與其他主管機關循求共同解決的根本方法，而非高高在上，抱著開會指導的心態出席會議；

(四)、 內政部應加強專職社工的編制以強化專業能力，並與司法院、衛生署盡速研擬專業人員之檢覈標準，以強化其專業判斷之證據力。

高等法院台南分院 99 年上訴字第 737 號判決謂：“目前社會各界對於性侵害案件，多認為法院量刑過輕，自不宜併宣告緩刑，上訴駁回”。期望這是最後一件！



參考文獻

一 中文部分

(一) 書籍

1. 甘添貴，甘添貴，刑法各論(下)，三民書局，2013年6月。
2. 甘添貴，『體系刑法各論』，第一卷，頁262，自版，2001年9月。
3. 甘添貴，強制性交之評析與適用，刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集，2000年6月。
4. 李清泉，刑法第一講-第二篇分則，李清泉發行，2006年8月。
5. 李惠宗，憲法要義，元照，三版，2006年9月。
6. 李淑明，民法總則，元照出版，2006年7月。
7. 李震山，人性尊嚴與人權保障，元照出版，2000年。
8. 林山田，刑法各罪論(上)，2006年11月。
9. 林山田，刑法通論(上)，十版，2008年1月。
10. 林東茂，刑法綜覽，七版，一品文化，2012年8月。
11. 林鈺雄，新刑法總則，元照出版社，2011年9月。
12. 林鈺雄，刑事訴訟法(下)，元照出版社，2013年9月。
13. 柯耀程，「刑法概論」，元照出版有限公司，初版，2007年4月。
14. 姜元御、林烘煜、劉志如、何縉琪、許木柱，青少年心理學，三民書局，2011年8月。
15. 高金桂，「利益衡量與刑法之犯罪判斷」，元照出版有限公司，初版，2002年2月。
16. 許育典，憲法，元照出版，2011年9月。
17. 黃榮堅，刑法解題—關於故意與過失，刑法問題與利益思考，初版，1995年6月。
18. 黃榮堅，基礎刑法學(上)，三版，2006年9月。
19. 黃風 譯、Giuseppe Grosso 著，「羅馬法史」，中國政法大學出版社，三版，1998年3月。
20. 陳子平，刑法總論二版，2008年9月。
21. 陳志龍，法益與刑事立法，三版，國立台灣大學法學叢

- 書(六一)，1997年。
22. 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品文化出版社，2009年9月。
 23. 陳慈陽，憲法學，作者自刊，二版，2005年11月。
 24. 郭志嵩譯，約翰·彌爾(John Stuart Mill)著，『論自由(On Liberty)』，臉譜出版社，2004年。
 25. 曾淑瑜，刑法分則實例研習-國家、社會法益之保護，三民書局，2009年2月。
 26. 曾淑瑜，刑法分則實例研習-個人法益之保護，三民書局，2011年9月。
 27. 董璠輿譯，前田雅英著，日本刑法各論，五南出版，2000年5月。
 28. 褚劍鴻，刑法分則釋論-上冊，四修一版，台灣商務印書局，2007年8月。
 29. 蔡墩銘，刑法各論，三民書局，2008年2月。
 30. 盧映潔，刑法分則新論，一版，新學林出版，2009年8月。

(二)期刊與論文

1. 王皇玉，引狼入室，月旦法學教室，第87期，2010年1月。
2. 王皇玉，刑法和略誘罪之修法芻議，檢察新論，第6期，2009年7月。
3. 王如玄，從妨害風化到妨害性自主-刑法妨害性自主罪章之修正，兩性平等教育季刊，第14期
4. 王乃彥，加重強制性交罪之存廢的探討，法令月刊，第五十九卷，第八期
5. 呂太郎，「刑法妨害性自主罪章關於幼童保護之立法檢討」，法官協會雜誌，12卷，2010
6. 李聖傑，從性自主權思考刑法的性行為，中原財經法學，2003年6月
7. 李聖傑，妨害性自主第一講-保護法益，月旦法學教室，

- 第 19 期，2004 年 5 月
8. 李聖傑，妨害性自主第二講-性行為與性的行為，月旦法學教室，第 21 期，2004 年 7 月。
 9. 李聖傑，妨害性自主第三講-類型闡述，月旦法學教室，第 23 期，2004 年 9 月。
 10. 李佳玟，違反罪刑法定的正義，台灣法學雜誌，第 160 期，2010 年 9 月。
 11. 李茂生，少年犯罪的預防與矯治制度的批判——一個系統論的考察，台灣大學法學論叢，29 卷 2 期，2000 年 1 月。
 12. 余振華，對性犯罪之刑罰規定的再探討，月旦法學雜誌，第 96 期，2003 年 5 月。
 13. 法務部，犯罪狀況及其分析，2011 年 12 月，初版。
 14. 林山田，性與刑法，台灣本土法學雜誌，1999 年 6 月。
 15. 林志潔，白玫瑰之怒？-從最高法院相關判決及決議論我國刑法中與未滿十四歲之人性交或猥褻罪，國際刑事法法學會台灣分會學術與實務對話研討會論文，2011 年 10 月。
 16. 林東茂，評刑法妨害性自主罪章之修正，月旦法學雜誌，第 51 期，1999 年 8 月。
 17. 林東茂，與談「我願意為妳朗讀」，全國律師，7 卷 8 期，2003 年 8 月
 18. 林彥良，起訴書列載具體求刑何錯之有-論監察院 101 年度司正字第 4 號糾正案，第 14 期，檢察新論 2013 年 7 月。
 19. 林修平，量刑正義的對話-以台灣板橋地方法院檢察署推動「妨害性自主案件具體求刑」經驗為例，檢察新論，第 12 期，2012 年 7 月。
 20. 林立君，淺論強制性交罪，憲兵學術季刊，2000 年 2 月。
 21. 吳忻穎，與兒童性交猥褻罪作為抽象危險犯之問題研究，法學新論，第 40 期，2013 年 2 月。
 22. 吳維雅，「你相不相信孩子」？-論兒童性侵害案件中兒童證人及專家證人兼論台灣高等法院 92 年少連上訴

- 字第 218 號刑事判決，檢察新論第 1 期，2007 年 1 月。
23. 周愨嫻，妨害性自主罪量刑之實證研究，刑事政策與犯罪研究論文集(8)，法務部，2005 年 11 月。
 24. 侯崇文，青少年犯罪問題與政策現況，刑事政策與犯罪研究論文集六，法務部，2003 年 10 月。
 25. 柯耀程，弔詭的「不能抗拒」要件—台灣高等法院高雄分院九十年度上更字第三九五號暨最高法院九十一年度台上字第一八三三號判決強盜罪部分之評釋，月旦法學雜誌，第 90 期，2002 年 11 月。
 26. 柯耀程，競合論爭議問題：第四講—競合論相關概念之釐清，月旦法學教室，第 66 期，2008 年 4 月。
 27. 柯耀程，競合論爭議問題：第三講—連續關係規定廢除後之個案適用難題，月旦法學教室，第 65 期，2008 年 3 月。
 28. 柯耀程，競合論爭議問題：第二講—廢除牽連規定的適用難題，月旦法學教室，第 63 期，2008 年 1 月。
 29. 高玉泉、謝立功等，《我國人口販運與保護受害者法令國內法制化問題之研究》，內政部警政署刑事警察局委託研究報告，2004 年 11 月。
 30. 高金桂，連續犯廢除之後的刑法適用問題，連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題研討會論文，台灣刑事法學會，2003 年 12 月。
 31. 高金桂，連續對幼年人性交之論罪，月旦法學教室，第 83 期，2009 年 9 月。
 32. 高金桂，從刑事政策論刑法妨害性自主罪之立法變革，刑事政策與犯罪論文集三，法務部犯罪研究中心編印，2000 年。
 33. 高金桂，強制性交罪的強制力行使—高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月。
 34. 高金桂，突襲式的猥褻—高等法院台中分院九十九年上訴字第六三二號判決評析，月旦裁判時報，第 6 期，2010 年 12 月。

35. 高淑真、黃以文，「從網路性問題分析青少年性教育需求-他們究竟想知道什麼？」中華輔導學報第十六期。
36. 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢—何謂性自主？-兼評台北地院 91 年訴字第 462 號判決，台灣本土法學，第 42 期，2003 年 1 月。
37. 許玉秀，妨害性自主罪與打擊錯誤，台灣本土法學，第 2 期，1999 年 6 月
38. 許玉秀，強吻非強制猥褻？月旦法學雜誌，90 期，2002 年 11 月。
39. 許玉秀，重新學習性自主-勇敢面對問題，月旦法學雜誌，第 200 期，2012 年 1 月。
40. 許玉秀，一罪與數罪之分界—自然的行為概念，台灣本土法學雜誌，2003 年 5 月。
41. 許育典，梅根法案引進我國的必要性？台灣法學雜誌，第 177 期，2011 年 6 月。
42. 許育典，兒少身心虐待的法院新視野，台灣法學雜誌，第 181 期，2011 年 10 月。
43. 許育典、郭兆軒合著，兒童及少年保護的憲法建構：兼論我國網路內容分級規範的合憲性，台北大學法學論叢，2011 年 3 月。
44. 許育典，基本權的本質，月旦法學教室，第 14 期，2003 年 12 月。
45. 許福生，臺灣地區少年非行狀況與防制策略之探討，刑事政策與犯罪研究論文集(8)，法務部，2005 年 11 月。
46. 許福生，刑法妨害性自主罪章修正之評論，刑事法雜誌，第 44 卷第 4 期。
47. 許澤天，對向犯之研究，成大法學，2010 年 6 月。
48. 許雅惠，漸趨模糊的界線：不幸少女身分建構與新型態色情交易對兒少性交易防制工作的挑戰，社會政策與社會工作學刊第六卷第二期。
49. 黃昭元，車速限制與行為自主權，月旦法學教室，第 5 期，2003 年 3 月。
年 3 月

50. 黃惠婷，證明「違反意願」非強制性交罪之必要條件——簡評九九年度台上字第四八九四號判決與九九年刑事庭第七次會議決議，台灣法學雜誌，第 146 期，2010 年 10 月。
51. 黃玉婷，檢察機關之具體求刑，檢察新論，第 14 期，2013 年 7 月。
52. 黃富源，兒童少年妨害性自主罪之研究，法務部委託研究，2008 年 10 月。
53. 蔡聖偉，論「對幼童性交罪」與「強制性交罪」的關係——評最高法院九十九年第七次刑事庭決議，月旦裁判時報，第 8 期，2011 年 4 月。
54. 蔡聖偉，從刑總法理檢視分則的立法，月旦法學雜誌，第 157 期，2008 年 6 月。
55. 劉邦繡，性侵害犯罪防治法之性侵害犯罪新解——以 1999 年修正之刑法妨害性自主罪、妨害風化罪為論述，律師雜誌，第 267 期，12 月。
56. 劉令祺，評析最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議決議——從 94 年度臺上字第 7342 號判決談起，中華法學，2011 年 11 月。
57. 陳子平，『從強吻案談強制猥褻罪』，台灣本土法學，第 42 期，2003 年 1 月。
58. 陳子平，性交及傷害與加重強制性交罪，月旦法學教室，第 86 期，2009 年 12 月。
59. 陳子平，台灣刑法有關性犯罪修改的相關議題，法學新論，第 18 期，2010 年 01 月。
60. 陳子平，新聞事件的刑法分析——準強制性交罪、準略誘罪與通姦罪，月旦法學教室，第 59 期，2007 年 9 月。
61. 陳子平，新聞事件的刑法分析——乘機性交？詐術性交？準強盜罪？，月旦法學教室，第 47 期，2006 年 9 月。
62. 陳玉書、郭豫珍，審判機關之量刑，檢察新論，第 14 期，2013 年 7 月。
63. 陳志龍，探討性犯罪禁忌與恐龍法官爭議——歐洲 1960 年代性禁忌解放與臺灣 1999/2005 年性禁忌強化、恐龍

- 龍化探討其差異性，法學叢刊，2012年1月。
64. 陳志龍，酒不罪人，人自罪-妨害性自主罪之探討，月旦法學雜誌，第75期，2001年8月。
 65. 陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，第122期，2005年7月。
 66. 鄭麗珍、陳毓文，發展台北市兒童及少年性交易防制工作模式—一個『行動研究』取向的初探，東吳社會工作學報，第四期。
 67. 鄭逸哲，與未滿十六歲性交罪屬故意犯？，月旦法學教室，第42期，2006年4月。
 68. 鄭逸哲，與未滿十六歲人進行性接觸之刑法適用—評最高法院九十九年台上字第四八九四號刑事判決和最高法院九十九年度第七次刑事庭會議決議，法令月刊，2010年12月。
 69. 鄭瑞隆，從娼少女家庭暴力經驗與防止少女從娼策略之研究，台灣社會問題研究學術研討會，2006年。
 70. 錢建榮，重點在有無違反意願的「方法」--為恐龍法官喊冤，台灣法學雜誌，174期，2011年4月。
 71. 錢建榮，為恐龍法官喊冤-「強制性交罪」的爭議，司法改革雜誌，第83期，2011年3月。
 72. 盧亨龍，性侵害犯罪審判實務之研究，司法院年報第29輯(刑事類)第5篇，2012年12月。
 73. 盧映潔，由強吻案談起，台灣本土法學雜誌，2003年1月。
 74. 盧映潔，性犯罪之分佈狀況及再犯率研究—以德國及台灣的狀況為說明(上)，刑事政策與犯罪研究論文集(七)，法務部，2004年12月。
 75. 盧映潔，性犯罪之分佈狀況及再犯率研究—以德國及台灣的狀況為說明(下)，刑事政策與犯罪研究論文集(八)，法務部，2005年11月。
 76. 盧映潔，「兩小無猜是原罪？」，月旦法學雜誌，第152期，2008年1月。

77. 盧映潔，「意不意願」很重要嗎？—評高雄地方法院九十九年訴字第四二二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議，月旦法學雜誌，第 186 期，2010 年 11 月。
78. 盧映潔，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，第 171 期，2009 年 8 月。
79. 薛文郎，配偶強制性交罪之保護法益到底是什麼？刑事法雜誌 46 卷 4 期，2002 年 8 月
80. 薛文郎，刑法上「性交」與「妨害性自主」兩詞涵意之商榷，刑事法雜誌 48 卷 5 期
81. 鍾慶禹，未成年男女的性與不幸—評最高法院 99 年第 7 次刑庭決議，空中法學教室，11 期，2010 年。

(三)學位論文

1. 王勝賢，刑法對兒童強制性交與強制猥褻相關問題之研究，海洋大學碩士論文，2011 年 6 月。
2. 李卓儒，「西方犯罪(刑事紛爭)處理程序之演變—以國家權力發展為中弓」，國立台灣大學碩士論文，1986 年 6 月。
3. 李彥光，論刑法上性交、猥褻與性騷擾之界限，東吳大學碩士論文，2009 年 9 月。
4. 李駿逸，論「性」之刑事法規制—以語言、權力、系統等差異理論作觀察，台灣大學法律學研究所碩士論文 2006 年。
5. 林志鍵，性自主？性桎梏？—我國刑法性自主犯罪之分析與批判，台灣大學碩士論文，2006 年 7 月
7. 林伯峰，刑法體系與性侵犯行為，東吳大學法律系碩士論文，2009 年 7 月。
8. 林家豪，論告訴之代行，中正大學法律系碩士論文，2013 年。
9. 吳奕林，猥褻之概念及其規範評價，台北大學碩士論文，2003 年 7 月。
10. 邱靖貽，刑法之性管制—以兒童及少年之相關規範為論述中心，台灣大學碩士論文，2006 年 7 月。

11. 洪銘憲，論我國刑法強制性交罪之發展，中正大學法律學系碩士論文，2006年。
12. 許宏仁，「論告訴—實體之本然與程序之應然」，國立中正大學碩士論文，2004年11月。
13. 高志明，刑法法益概念學說史初探—以德國學說為主，台北大學法學系碩士論文，2002年7月。
14. 賴敏慧，兩小無猜性侵害案件之探討，中央警察大學犯罪防治所碩士論文，2004年6月。
15. 蕭仲廷，從「法治國刑法」觀點探討婚外性行為之法律責任，東海大學法律系碩士論文，2003年。
16. 陳盈樺，憲法性自主權之理論與實踐—我國相關法律修法論析，台灣師範大學政治學研究所碩士論文，2010年。
17. 陳瑞鋒，青少年受教權保障之研究—以青少年健全成長發達權為論述中心，台灣大學國家發展研究所碩士論文，2003年。
18. 張峪嘉，性犯罪的刑事立法規範~以性自主權的保障為核心~，政治大學碩士論文，2005年。
19. 張嘉育，妨害性自主罪之解構與重建，中國文化大學法律學院碩士論文，2010年。
20. 楊淑然，論強制猥褻，東吳大學法律系碩士論文，2010年1月。
21. 錢明婉，貞操權之法律觀—兼論民法第一九五條之修正，中興大學碩士論文，1997年。
22. 盧言珮，論妨害性自主罪章之「他人意願」—以強制性交罪為主，東吳大學法律系碩士論文，2010年。
23. 謝采倩，兒童及少年性交易防制條例之研究—以雛妓問題法概念之相關議題為中心，中正大學法律研究所碩士論文，1998年。
24. 鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，政大法律學研究所碩士論文，2009年7月。