

法務部 108 年度
「未滿 16 歲之兒少間合意性交或猥褻行
為除罪化之利弊研究」

A Study on Decriminalizing Consensual
Teenage Sex

期末結案報告

執行機構：台灣科技法學會

計畫主持人：林志潔 教授 國立交通大學

張天一 副教授 中原大學

惲純良 副教授 國立雲林科技大學

金孟華 副教授 國立交通大學

計畫參與人：交通大學科技律研究所碩士生 林均禧

交通大學科技法律研究所碩士生 范朝詠

交通大學科技法律研究所碩士生 羅家曲

中原大學財經法律學系碩士生 張羽筑

2020 年 08 月 12 日

摘要

本計畫欲分析未滿 16 歲之兒少間合意性交或猥褻行為之法條規定，討論刑法第 227 條及第 227 條之 1 之立法目的及其保護法益，並整理學說及實務對此條之見解。透過文獻回顧同時整理青少年對性之態度，及現行實務中輔導機構對未成年人合意性行為之處理機制，與少年法庭在處理相關案件時所面臨的挑戰與問題。

透過我國實務判決之分析，研究法條適用之結果，並以其處理未成年性行為案件之結果做比較法分析。本計畫將就年齡門檻之訂定，討論美國、德國、日本與瑞典法規定，透過年齡差距條款或絕對及相對保護概念，分析我國刑法第 227 條及第 227 條之 1 規定是否有可修改之空間。

最後將綜合分析該條規定是否能作為家長約束子女之工具，並提出對年齡門檻與刑度之疑慮，討論未成年人在程序中所需負擔之壓力，對未滿 16 歲之兒少間合意性交或猥褻行為提出除罪化及修正建議。

關鍵字：性侵害犯罪、兩小無猜條款、與未成年人合意性交罪、年齡差距條款。

Abstract

The purpose of this study focuses on the legislation of consensual sexual intercourse between children under 16 years old.

By summarizing and analyzing the cases involved sexual acts of minors and reviewing the former studies about the article 227& 227-1 of Criminal Code, this study dedicated to find out and solve the challenges currently faced by the courts and institutions in dealing with such cases.

This study tries to introduce the concept of the age gap provisions in the United States, Germany, Japan and Sweden. Through comparative law analysis, this research aims to reexamine the criminal legislation about the criminal responsibilities of Sexual Behavior within Juvenile.

Keywords : Rape, Young and Innocent Sexual Offender, Statutory Rape, Age Gap Provisions

目錄

第一章	緒論.....	6
第一節	研究背景與動機	6
第二節	研究目的	6
第三節	研究方法	6
第一項	文獻分析法	6
第二項	比較法分析	7
第三項	實證分析法	7
第二章	未成年人之性行為與性自主能力探討	8
第一節	未成年人性行為概況.....	8
第二節	未成年人性自主能力之發展	9
第一項	以心理學的角度分析未成年人的性意識.....	9
第二項	從社會學的觀點探討未成年人的性意識.....	9
第三項	教育場域對於未成年人性意識的影響	10
第三節	小結.....	10
第三章	我國文獻回顧-法制規範之綜合分析與修正建議	12
第一節	與未成年人合意性行為入罪化—刑法第 227 條	13
第一項	本罪之保護法益.....	13
第二項	本罪之構成要件.....	14
第三項	小結.....	20
第二節	兩小無猜條款—刑法第 227 條之 1	20
第三節	少年事件處理法及未成年人合意性行為的處遇措施.....	21
第一項	兩小無猜案件在少年事件處理程序中之現狀.....	22
第二項	兩小無猜案件受保護處分情形分析	25
第三項	小結.....	27
第四章	外國法之比較分析	29
第一節	美國法.....	29
第一項	規範模式簡介.....	29
第二項	誤認年齡之爭議.....	31
第三項	除罪化的討論.....	31
第二節	德國法.....	32
第一項	保護法益與犯罪結構.....	32

第二項	德國法上「兩小無猜」性行為的處理方式.....	33
第三項	相關條文釋義.....	35
第三節	日本法.....	51
第一項	日本立法例概論.....	51
第二項	「兒童福祉法」與「保護育成條例」之適用範疇.....	52
第三項	青少年間合意下性行為之情形.....	57
第四項	處罰規定間之競合適用.....	58
第四節	瑞典法.....	59
第一項	規範模式簡介.....	59
第二項	未成年人間性行為於實務上之發展.....	60
第三項	以教育為優先之性文化.....	60
第五節	各國法制比較簡表.....	62
第五章	焦點座談會之意見交流.....	68
第一節	第一次焦點座談會結論彙整.....	68
第一項	對現行法制之概述與檢討.....	68
第二項	兒少性自主權之討論.....	69
第三項	第一次座談會專家建議之修法方向.....	70
第二節	第二次焦點座談會結論彙整.....	70
第一項	針對擬修正之第 227 條條文內容之討論.....	70
第二項	針對擬修正之第 227 條之一條文內容之討論.....	72
第三項	針對強制通報制度去留之討論.....	72
第六章	質性訪談之意見彙整.....	73
第一節	兒少性相關案件之經驗與觀察.....	73
第一項	真實兩小無猜案件多會於程序前端解決.....	73
第二項	進入法院程序之原因各異.....	73
第二節	未成年人於程序中之負擔.....	73
第三節	現行法制之評述.....	74
第一項	無修正之必要.....	74
第二項	有修正之必要.....	74
第四節	整體修正方向之建議.....	74
第七章	現行法制問題之綜合分析.....	76
第一節	實體方面之爭議評析.....	76
第一項	刑法第 227 條之保護法益是否應回歸對性自主權的保護.....	76
第二項	刑法第 227 條之年齡門檻之正當性與是否有予以調整之必要.....	77

第三項	刑法第 227 條應改為絕對／相對保護模式.....	78
第二節	程序方面之爭議評析.....	80
第一項	處理兩小無猜案件增加司法程序之負擔不符資源有效分配.....	80
第二項	未成年人面臨之程序負擔.....	81
第三項	強制通報機制是否應予以維持.....	81
第三節	小結.....	82
第八章	政策建議.....	83
第一節	絕對／相對保護之立法模式.....	83
第一項	刑法第 227 條第一項、第二項不予更動.....	83
第二項	刑法第 227 條第三項、第四項則改採例外入罪.....	83
第三項	刑法第 227 條之一予以保留.....	84
第二節	修正條文對照表.....	84
第三節	修正草案與相關條文之關係.....	86
第一項	刑法第 221、227、228 條之間競合關係討論.....	86
第二項	兒童及少年性剝削防制條例之相關討論.....	87
第四節	立法展望.....	88
參考文獻	90

附錄

附錄一：	檢察官訪談摘要一.....	92
附錄二：	檢察官訪談摘要二.....	94
附錄三：	法官訪談摘要一.....	96
附錄四：	法官訪談摘要二.....	99
附錄五：	第一次焦點座談會提問及發言紀要.....	100
附錄六：	王以凡主任調查保護官針對第一次焦點座談提供之書面意見.....	115
附錄七：	第二次專家焦點座談會提問及訪談紀要.....	124
附錄八：	外部審查意見—臺北大學法律學系教授蔡聖偉.....	139
附錄九：	外部審查意見—中正大學法律系教授盧映潔.....	143

第一章 緒論

第一節 研究背景與動機

與未滿 16 歲之男女合意性交者，將構成與幼年男女性交或猥褻罪，現行中華民國刑法第 227 條明文規定之。立法者認為，未滿 16 歲之未成年人無法嚴肅地認知性行為之意義與其可能後果，亦即認其不具備性自主能力，因此應立法以保護未成年人之身心發展。然而，若係年齡相近之 18 歲以內未成年人因相戀而合意為性交，實務上認為可適用刑法第 227 條之 1 的規定，減輕或免除其刑。綜上所述略可推知，現行司法實務多推定未達 16 歲之未成年人欠缺性自主之能力；僅有在行為人未滿 18 歲時有前述「兩小無猜」之情形，例外肯認未成年人之性自主同意能力，惟該條之效果也僅是除刑不除罪，合意為性行為之未成年人，仍會進入到司法程序之中，對於未成年人之身心發展產生影響。

隨著時代之推演，在科技盛行、3C 產品普及之現代，無論係經由同儕抑或是網路之交互傳播，均揭示著接觸、認知「性」之年齡正不斷下修中。本文認為此現況將動搖上述「少年不具備成熟決定性行為之能力」之前提，因而，本研究將先以未滿 16 歲之未成年人為主軸，討論其是否具有性自主能力，接著擴展探討相應之兒少性方面保護與規制，是否仍應適用過去以年齡標準一筆畫下之介入干預手段？抑或是處理相關案件上，能發展出更為細緻之區別與處遇方式，此乃本研究專注的重點。

針對刑法第 227 條之 1 兩小無猜條款，國內目前已有相關文獻討論其在司法處理的現況，亦有著作討論未成年人性行為之刑事責任。其他國家對此議題於法律上則亦有不同處理機制，對於未成年間性行為犯罪之構成要件等司法實務上之處置也有不同標準。本研究將針對我國過去所整理之問題，及現況所遇到之挑戰，提出修法之建議。

第二節 研究目的

本研究將結合實務及比較法分析之結果，討論我國目前法制於處理未成年人合意性行為之疑慮，對其效果、年齡門檻、刑度及程序負擔等方面提出問題。並邀請專家學者舉辦焦點座談會討論，最後擬提出數種可能且可行之修正方向，以作為貴部未來修法之參考。

第三節 研究方法

第一項 文獻分析法

第一款 本國文獻

本研究首先將彙整我國未成年人合意性交之相關法律條文與修正沿革，以釐清我國立法系統對於未成年人合意性交入罪化之態度，以及其所展現之性自主意向是否適當、

正當；同時檢視整體配套措施的設置，是否符合台灣當代社會現況。此外，針對國內學術文獻之蒐集，將以兒童性自主權保護於偵辦、審判過程中之調查情狀及結果為中心，綜覽所涉相關議題，整理各界學者對法律適用現狀及社會發展之比較、評析，以作為我國日後修法之參考。

第二款 判決內容分析

礙於篇幅與研究時間之限制，此部分將依挑選具有代表性之案件，探討實務上如何適用法條以及裁判後之相關處遇程序，透過整理案件中法院判決研究，探究就現行法下未成年間合意性行為處罰之規定予以檢討。

第二項 比較法分析

針對國內外之比較法研究，本研究亦將整理其他國家、地區之未成年性行為保護之相關立法例以及研究文獻，並探析他國司法實務針對兒童及青少年間之性行為，與一般成年人是否有為不同標準之因應。此外，亦將著重於實體與程序法上之文獻彙整，針對未成年間性行為之證據認定與實體法構成要件進行研究分析。藉由各國法制發展之比較，以及其案件審理之現狀與問題，可供未來我國實務偵辦及法制規定等相關政策借鏡。

第三項 實證分析法

第一款 質性訪談

除上述之文獻分析，本研究將採質性訪談方式，邀請兩位法官及兩位檢察官，由實務角度分享未成年性行為相關案件之處理經驗，並針對刑法第 227 條及第 227 條之 1 規定修正方向詢問相關問題，討論適用上之利弊，以增加各界論點並使修法方向貼近實務需求。

第二款 焦點團體座談會

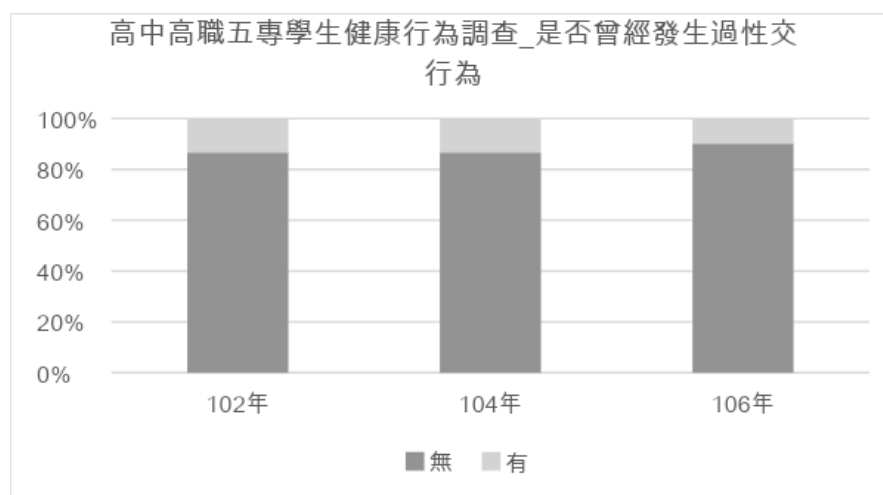
為充實及改善本研究之內容，本次計畫亦將至少舉辦一場焦點團體座談會。除為檢討、修正研究方向及研究方法，以及分享本計畫之研究成果外，更為廣邀各界先進針對我國未成年人合意性交案件之偵審程序以及相關法制修正提出新的思維與建議，乃至於共商解決之道。藉由舉辦座談會對相關議題進行深度與談，更可再次調整研究報告內容，使研究成果更加豐碩、完備。

第二章 未成年人之性行為與性自主能力探討

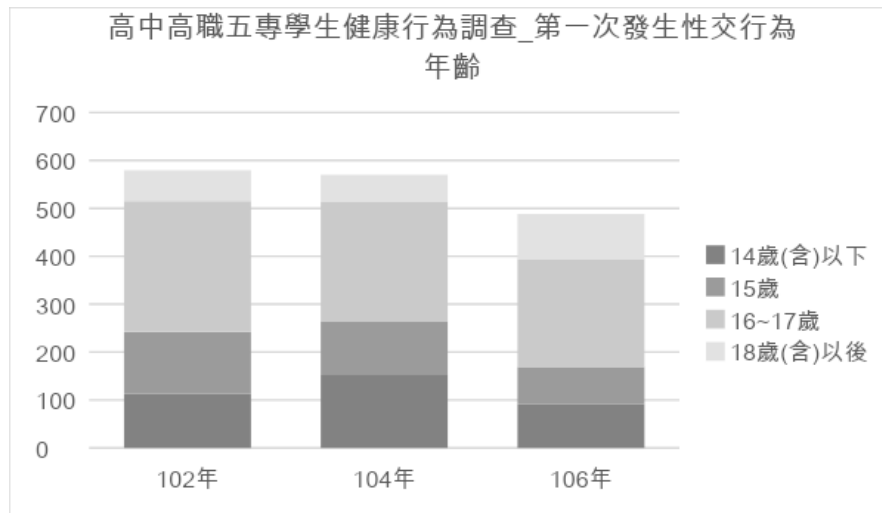
目前刑法第 227 條處罰與未成年人性交或猥褻之規定，第 227 條之 1 給予涉犯第 227 條之未成年人刑罰上優惠的規定，以及刑法第 229 條未成年人涉犯刑法第 227 條為告訴乃論之罪的規定，皆係於距今約 20 年前的 1999 年所制定；隨著性教育的實施與普及，以及大眾傳播途徑的發達之下，未成年人相較於過去能夠更早接觸到性的資訊，同時也有更多元的途徑影響未成年人性意識的發展；因此，有必要再檢視 1999 年刑法第 227 條制定時所根據的事實，與現在的未成年人發展情況和社會現狀是否一致，此外我們也必須思考在刑法第 227 條、第 227 條之 1 與第 229 條在實施後的 20 年，是否有達成立法者當初預想的結果，進而檢討是否有予以修正的必要。

第一節 未成年人性行為概況

根據衛生福利部國民健康署之調查報告，在約 5000 筆有效資料中，高中職學生有性經驗的比例大約為 10%，而其中第一次發生之年齡以 16~17 歲接近一半為主，又 14 歲以下發生性行為者也約達 20% 左右¹。因此從統計數據來看，刑法將年齡區間的標準劃分在 16 歲及 14 歲似乎有統計上面的合理性，但是否這些 16 歲以下的未成年人必然缺乏性自主的能力，而必須要有刑罰介入才能夠達到保護未成年人的目的，或是嚇阻未成年人性交的行為，仍有必要就未成年人的性自主能力發展加以檢討。



¹ 106 年「高中、高職、五專學生健康行為調查報告」高中、高職、五專學生健康行為調查報告，衛生福利部國民健康署網站：<https://www.hpa.gov.tw/Pages/List.aspx?nodeid=257>（最後點閱時間：2020 年 03 月 05 日）



第二節 未成人人性自主能力之發展

第一項 以心理學的角度分析未成年人的性意識

青春是性價值觀發展的重要時期，初期的性行為也幾乎發生在此時期，而文獻通常以生理發展，亦即第二性徵發展作為進入青少年時期的判定，因此青少年之定義大約落在國小四年級至國中三年級間，以我國普遍就學年齡來看大約是 10~15 歲²。

根據青少年發展理論，性是兒童轉變至成年過渡期的重要關鍵。以下將稍微簡介各發展理論論述性對於青少年時期之影響。在 Freud 的心性發展階段論中認為，青少年的發展階段正好步入渴望性交的階段，因此相關的性活動活躍是自然的。在 Erikson 的心理社會發展論則沒有刻意強調性議題，但提及青少年期是對自身性別角色認同的重要時期。Piaget 的認知發展理論雖然也沒有特別研究青少年對性的認知發展問題，但在後續其他學者的詮釋當中也有提及，青少年期會逐漸形成對自己性別該有的行為與態度³。

綜上所述，性以及性別議題對於青少年發展都是重要的過程，在第二性徵發展後，未成年人的性意識是不可被忽略且在身心發展中必經的過程。

第二項 從社會學的觀點探討未成年人的性意識

隨著營養等生活條件之改善，未成年人之身體發育年齡提前，使得未成年人有性早熟之趨勢。除此之外，未成年人生理及心理會隨者社會變遷有不同發展社會對於性的觀念日趨開放以及資訊流通之進步，也使得未成年人接觸性知識更加容易⁴。此趨勢亦展現在衛生福利部國民健康署針對我國國中生（13-15 歲）之性行為調查報告中，該報告之統計結果顯示民國 107 學年度在學之國中生中，曾經發生過性交行為者約占全體之

² 劉振斌，青少年戀愛基模之發展，樹德科技大學人類性學研究所碩士論文，頁 25-27（2012）。

³ 同前註，頁 28-32。

⁴ 劉振斌，論與未成年人性行為之刑事責任，國立政治大學法律系碩士班碩士論文，頁 37（2017）。

1.6%⁵。若將此統計結果乘以該學年之學生總數 687,182 人，則約有一萬餘名於法定合法年齡下進行性行為。

然而，台灣社會對未成年人性行為仍普遍採取避而不談之態度，在性議題上通常認為青少年不具處理性的能力，因此傾向直接禁止的方式，對於兒少的主體性採較為忽視的態度⁶。再者，我國家長對於未成年人性經驗有嚴重的擔憂，認為性行為會成為青少年人生中的汙點，且也不認為青少年間性行為是認真的，會以恐嚇的方式面對孩子性相關的議題⁷。

第三項 教育場域對於未成年人性意識的影響

我國雖成立性別平等教育法多年，但在情感教育上仍以禁慾性論述為主。對於青少年之性行為，是將教育重點放在危險受害以及保護之角度，極少探討親密互動在青少年情感關係中可能的培力。此種禁慾性論述容易將情感維繫及預防危險的責任放在女性身上，使性別刻板印象再次被加強⁸。然而，在現今社會發展之下，不少青少年早已脫離禁慾性論述的發展，學校教育應該負起更積極之責任使得性平法之理念能夠真正落實⁹。

在現今的教學實務中，學校若得知學生發生性行為便要依法通報且通知家長，但在兩小無猜案件中此舉有可能傷害師生間信任關係，且在司法/社政單位、家長及學校的三方關係中，學校權力極為受限，即使當事人不願意提告，但在強制通報制度以及家長執意提告的狀況下，青少年的想法往往遭到忽視且被傷害。然而，在兩小無猜的案件中學校應該要能扮演更積極的角色，以更具教育意義的方式處理¹⁰。

第三節 小結

我國目前對於未成年人間合意性行為以刑法處罰，雖為告訴乃論之罪，且又有刑法第 227-1 條例外減輕之條款，但在我國社會對未成年人性行為仍較為保守之態度及家長保護心態，加上校方對於相關案件強制通報之規定，仍有大量青少年間合意性行為案件進入司法體系。

綜上所述，自心理學角度觀之，性議題對於青少年來說是重要的發展過程。而實證統計資料也在在顯示著我國未成年人從事性相關行為之年齡不斷下修之現實。既有之規範將青少年間情感發展以刑法相繩，實難助於青少年身心健康發展，甚至可能導致學校

⁵107 年「國中學生健康行為調查報告」，衛生福利部國民健康署網站：<https://www.hpa.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=257&pid=11582>（最後點閱時間：2020 年 03 月 05 日）

⁶ 蘇芊玲、楊佳羚，台灣性侵受害人政策檢視及倡議延伸計畫－兩小無猜事件處遇執行之跨國分析比較，財團法人勵馨福利事業基金會，公益彩券回饋金補助研究案，頁 100（2016）。

⁷ 同前註，頁 101。

⁸ 楊幸真、游美惠，臺灣性別與情感教育研究之回顧分析：知識生產的挑戰與展望，台灣教育社會學研究，第 14 卷第 2 期，頁 130-131（2014）。

⁹ 同前註，頁 131。

¹⁰ 蘇芊玲，兩小無猜，法律 VS. 教育？，性別平等教育季刊，第 57 期，頁 77-78（2012）。

教育與青少年間失去信任關係，在相關案件發生時無法以更具教育意義之方式處置。上開社會變遷之事實必然與現行規範以及其立法初衷產生衝突，而有討論修正之必要。

第三章 我國文獻回顧-法制規範之綜合分析與修正建議

刑法第 227 條及第 227 條之 1，在修法之初係由前立法委員謝啟大提案，經司法及法制委員會審查按謝啟大委員之提案通過（下稱謝案），經過朝野協商後成為現行條文。最初提出修法之意旨係認為，過去規定於妨害風化罪章之強姦罪與強制猥褻罪所保護之法益，應係個人性自主權及身體控制權，舊法規定於妨害風化罪章，使被害人身心飽受傷害又無法擺脫傳統名節之桎梏，因而使人誤會性犯罪之本質及保護法益，因此將舊法的妨害風化罪章罪名依性質區分為妨害風化罪及妨害性自主罪¹¹。司法及法制委員會於二讀審查通過謝案之理由，亦肯認舊法將強姦罪及強制猥褻罪等罪歸為侵害社會法益之罪行，確實對被害人之身心飽受傷害又難脫名節之桎梏；基於對於男女性及身體自主權的犯行，對於被害人身心皆造成及大而深遠的傷害，故將舊法妨害風化罪章中第 221 條至第 229 條條文移出另獨立成妨害性自主罪章，並按謝案增訂刑法第 308 條之 1 至第 308 條之 13¹²。因此，謝案將舊法強姦罪中姦淫未滿 14 歲女子以強姦論之規定，以及舊法強制猥褻罪中與未滿 14 歲女子為猥褻亦屬強制猥褻之規定，另外獨立規定於妨害性自主罪章（按：謝案之刑法第 308 條之 8），並將「姦淫」改為「性交」，「女子」改為「男女」¹³。而舊法中，與滿 14 歲但未滿 16 之女子姦淫或猥褻之處罰規定，亦移至妨害性自主罪章中（按：謝案之刑法第 308 條之 9），同時也將「姦淫」改為「性交」，「女子」改為「男女」¹⁴。而在該次修法新增訂之兩小無猜條款原先在謝案中（按：謝案之刑法第 308 條之 10）則是定為：「十六歲以下之人犯前兩條之罪者，減輕或免除其刑¹⁵。」其最終通過審查之立法目的為：「對年齡相若之年輕男女，因相戀自願發生性行為之情形，若一律以第 308 條之 9 之刑罰論處，未免過苛，故一律減輕或免除其刑¹⁶。」然而，在經過朝野協商後，謝案之刑法第 308 條之 8、第 308 條之 9 改訂於刑法第 227 條中；謝案之刑法第 308 條之 10 則訂於刑法第 227 條之 1，原先 16 歲以下之要件則改訂為 18 歲¹⁷。隨後朝野協商之條文結果經院會三讀通過而成為刑法在民國 88 年修法的最終結果。

從上述立法史的回顧中得以發現，妨害性自主罪章之立法目的係為確立強制性交及強制猥褻等罪之保護法益係性自主權應屬無疑。而現行刑法第 227 條各罪亦隨當時修法移至妨害性自主罪章，是以刑法第 227 條之保護法益自立法目的解釋而言應為性自主權。同時現行刑法第 227 條之 1 之規範目的係為避免相戀之年輕男女誤觸刑法第 227 條之處罰而受過苛之刑罰。就刑法第 227 條及第 227 條之 1 的立法目的綜合觀察，應可觀

¹¹ 立法院公報，第 88 卷第 13 期，頁 164。

¹² 同前註，頁 128-129。

¹³ 同前註，頁 173。

¹⁴ 同前註，頁 173。

¹⁵ 同前註，頁 174。

¹⁶ 同前註，頁 174。

¹⁷ 同前註，頁 183。

察出立法者在保護 16 歲以下未成年人的性自主權同時，亦設想到 16 歲以下未成年人間彼此因戀愛而有過早性行為之情形，是以給予 16 歲以下未成年人觸犯刑法第 227 條時之刑罰優惠。然而在後來學說與實務的發展上，刑法第 227 條的保護法益已遭解釋為保障兒童身心健全發展，與當初立法目的有違。刑法第 227 條之 1 亦因黨團協商之故而將保護範圍擴增至 18 歲，產生非刑法第 227 條之所要保護之人亦可適用刑法第 227 條之 1 的結果，下文將分析目前刑法第 227 條及第 227 條之 1 在學說與實務上的發展現狀。

第一節 與未成年人合意性行為入罪化－刑法第 227 條

第一項 本罪之保護法益

刑法第 227 條雖訂於刑法妨害性自主罪章，但通說及實務上似乎並不以性自主作為本罪的保護法益。最高法院曾在 101 年度台上字 2154 號判決中認為：「又依刑法第二百二十七條規定，凡對於未滿十四歲或十四歲以上未滿十六歲之兒童或少年為性交或猥褻行為即加重處罰，其規定要件並無任何有關行為人施用手段之要求，亦未提及客觀之意願或意願違犯之情形，至於客體是否同意行為人之舉動，則非要件；其立法目的在加強幼年人之保護，亦即所保護之法益為幼年人之自我身心健全成長權利。」但最高法院似乎亦不排除刑法第 227 條的保護法益包含性自主權，最高法院 106 年度台上字第 292 號判決認為：「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，其以被害人之年齡為構成要件之一，係衡酌未滿十四歲之我國男女，身心發育未臻健全，智識尚非完足，不解性行為之真義，客觀上否定其具有同意為性行為之能力，所保護之法益，雖非無私人之性自主權，然毋寧多係基於國民健康之公共利益。」從上述兩則判決對照分析而言，刑法第 227 條的保護法益固然係兒童身心健全成長或國民健康之公共利益，但似乎也不否認未成年人的性自主權係本罪的保護法益之一，因此在構成要件的規定上是否應一定程度上考量未成年人的性自主能力，不無疑問。

學說上對於本罪的保護法益，亦有肯認最高法院所揭示的兒童身心健全成長權利作為本罪的保護法益¹⁸。有論者認為，幼年人身處年幼，身心皆未發展完全，國家有必要介入排除影響未成年人身心健全發展之事務；而幼年人對於性的認知尚不完全，生理條件亦尚不適合性交，因此國家必須加以保護，幼年對於性行為同意無重要意義而無法律加以評價之必要¹⁹。或有論者認為，「未滿 14 歲之幼年男女，因身心發育尚未成熟，為保護其心理與生理之正常發展，不問其實際上是否有同意能力，應一律視其為無同意

¹⁸ 參見黃惠婷，性刑法防制兒童及少年性侵害之修法研究，中央警察大學法學論集，第 24 期，頁 111（2013）。許恒達，妨害未成年人性自主刑責之比較法研究，刑事政策與犯罪研究論文集，頁 231（2016）。王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心（Forece Methods and Agreement under Deception： Baced on the Sexual Assault Crime），國立臺灣大學法學論叢，第 42 卷第 2 期，頁 405（2013）。蔡聖偉，最高法院關於強制性交罪違反意願要素的解釋趨向，月旦法學雜誌，第 276 期，頁 9（2018）。

¹⁹ 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，186 期，頁 166（2010）。

能力，俾能加強保護²⁰。」然而亦有學說見解認為刑法第 227 條之保護法益並非全然以兒童身心的健全發展為保護法益，而應就本罪各項之罪名觀之。有論者認為，過往妨害風化罪章既然已更名為妨害性自主罪章，而以性自主作為保護法益，則刑法第 227 條第三項之罪應以性自主作為保護法益²¹。

刑法第 227 條的保護法益，若從前開刑法第 227 條之立法回顧來看，立法者在民國 88 年的修法中，應認為刑法第 227 條的保護法益為性自主權。然而綜合上述實務與學說之見解，刑法第 227 條之保護法益為兒童身心健全發展應屬主流見解，但亦有最高法院見解指出本罪的保護法益並未排除性自主的保護；同時亦有學說見解指出刑法第 227 條第三項之保護法益應為性自主，是以本罪的保護法益為何應進行近一步的釐清。

第二項 本罪之構成要件



客觀上，刑法第 227 條之罪的行為態樣為：對未滿 14 歲之男女為性交（第一項）、對未滿 14 歲之男女為猥褻（第二項）、對滿 14 歲但未滿 16 歲之男女為性交（第三項）、對滿 14 歲但未滿 16 歲之男女為猥褻（第四項），同時本罪處罰行為人對未滿 14 歲或滿 14 歲但未滿 16 歲之男女之性交未遂行為（第五項）。而本罪的行為人並未僅限於完全責任能力人，即便行為人同樣為本罪所欲保護之主體，亦可能成為本罪。此外，最高法院於 2010 年時作成 99 年度最高法院第七次刑事庭決議，該決議認為被害人若為 7 歲以下之未成年男女，行為人則應論刑法第 222 條第一項第二款加重強制性交罪。又將刑法第 227 條與第 221 條和第 224 條綜合觀察之，可以發現出於違反被害人意願之性交或猥褻行為將分別落入刑法第 221 條和第 224 條之處罰範圍，因此刑法第 227 條的處罰前提，除了法律文字所述之行為態樣外，必須至少在行為外觀上並非違反被害人意願，並與被害人達成合意；最高法院台上字第 3927 號判決亦認為：「又對於十四歲以下之男女為性交，若僅利用未滿十四歲之幼年男女懵懂不解人事，可以聽任擺佈之機而為之，實際上並未以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法者，則仍只能成立刑

²⁰ 甘添貴，性侵幼童案之解析與評議，中華法學，第 14 期，頁 47（2011）。

²¹ 陳子平，刑法各論（上），頁 295（2019）。

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，而與加重強制性交之構成要件不合。」學說上亦有學者認為，若客觀上未有合意，但非以違反意願之和平方式為之，卻仍論以刑法第 222 條之加重強制性交罪，恐有類推解釋與罪刑不均衡之虞²²。綜合上述，本罪的構成要件審查上，除卻行為人的行為是否該當猥褻或性交之定義外，被害人之年齡、行為人與被害人間之性交是否違反被害人意願以及與被害人是否達成合意，更是本罪成立與否之重點，下文分就本罪之客觀構成要件與主觀構成要件分述之。

第一款 客觀構成要件

第一目 行為人所為之性交或猥褻行為是否違反未滿 14 歲或滿 14 但未滿 16 歲之男女之意願？

刑法第 221 條第一項規定：「對男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反意願之方法而為性交時者，處三年以上十年以下有期徒刑。」因此，行為人與未滿 14 歲或滿 14 歲但未滿 16 歲之男女為性交或猥褻若要成立刑法第 227 條各項之罪時，其行為必須不該當於刑法第 221 條所示之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反意願之方法。

首先就刑法第 221 條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術而言，強暴固然指行為人透過不法行使之腕力達足使被害人違反其意願的程度；脅迫係指以惡害通知使被害人心中生畏懼達違反其意願的程度；恐嚇係指對被害人施以足使被害人違反其意願的強暴或脅迫行為；催眠術則使被害人喪失知覺而陷入昏迷狀態之行為²³。刑法第 221 條的客觀構成要件在強暴、脅迫、恐嚇、催眠術的要件解釋上並無太大爭議，主要爭議點在於法條後段的「其他違反其意願之方法」究竟所指為何，是否僅限於強暴、脅迫、恐嚇、催眠術之法；是否需使用具強制性之手段；以及應如何從客觀上判斷行為人之行為已達使被害人違反其意願的程度。關於此部分之爭議，最高法院近年似乎已有穩定的見解指出刑法第 221 條強制性交罪的行為並不僅限於以強制力至使被害人不能反抗為必要，以下詳述之。

從最高法院近年的判決立場來看，並不僅限於以強制力或至使被害人不能反抗為必要，重點在於客觀上行為人與被害人為性交或猥褻之方法是否足以壓制被害人的自主決定權。

在關於以違反他人意願而為之強制性交罪方面，最高法院 108 年度台上字第 165 號判決認為：「又刑法妨害性自主罪章之強制性交罪，係為保護性自主決定權法益而設，性交行為必須絕對『尊重對方之意願』，行為人對被害人為性交行為，除出於刑法第 221 條第 1 項強制性交罪所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術方法外，尚包含『其他違反其意願之方法』。所稱『違反其意願之方法』，並不以使被害人達於不能抗拒之程度為必要，祇須所施用之具體方法，係違反被害人之意願，且在客觀上足以壓抑、妨害或干擾

²² 同前註，頁 288。

²³ 同前註，頁 225。

被害人之性自主決定權者，即足當之。是以，行為人縱未施用強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等方法，惟係以其他方法營造使被害人處於無助而難以、不易或不敢反抗狀態，且此狀態在客觀上足以壓抑、妨害或干擾被害人之性自主決定權者，亦屬『其他違反其意願之方法』之範疇。」相似立場之見解，亦可見於最高法院 107 年度台上字第 3875 號判決：「刑法第 221 條第 1 項所稱『其他違反意願之方法』，並不以類似同條項所列舉之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等方法為必要，祇要行為人主觀上具備侵害被害人性自主之行使、維護，已足使被害人性自主決定意願受妨礙之任何手段，均屬之，不以使用強制力為限。」從上述兩則最高法院判決可以見得，最高法院在違反意願之方法的解釋上，並不拘泥於方法的使用是否類似法條文字所規定之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術，而是著重於行為人與被害人為性交之方式是否出於妨礙被害人性自主決定權或意願。

又關於以違反他人意願而為之強制猥褻行為方面，最高法院 108 年度 1800 號判決認為：「刑法第 224 條之強制猥褻罪和性騷擾防治法第 25 條第 1 項之強制觸摸罪，雖然都與性事有關，隱含違反被害人之意願，而侵害、剝奪或不尊重他人性意思自主權法益。但兩者既然規範於不同法律，構成要件、罪名及刑度並不相同，尤其前者逕將『違反其（按指被害人）意願之方法』，罪最構成要件，依其立法理由，更可看出係指強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等傳統方式以外之手段，凡是悖離被害人的意願情形，皆可該當，態樣很廣，包含製造使人無知、無助、難逃、不能或難抗情境，學理上乃以『低度強制手段』稱之。」或有判決認為刑法第 224 條的「其他違反其意願之方法」與刑法第 221 條之解釋相同，最高法院 106 年度台上字第 456 號刑事判決認為：「按刑法第二百二十一條第一項及第二百二十四條所稱『其他違反其意願之方法』，並不以類似同條項所列舉之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等方法為必要，祇要行為人主觀上具備侵害被害人性自主之行使、維護，以足使被害人性自主決定意願受妨害之任何手段，均屬之。」因此，從上述兩則最高法院判決以觀，刑法第 224 條強制猥褻罪的「其他違反其意願之方法」之解釋，應與刑法第 221 條之解釋相同，即客觀上行為人與被害人為猥褻之行為是否係以至少對於被害人的性自主決定意思產生妨害。

行為人之行為是否至少達到妨害被害人性自主決定權或意願之程度，最高法院似乎採取綜合個案情形判斷，而沒有統一固定的標準。前述最高法院 108 年度台上字第 165 號刑事判決認為：「又行為人所採用違反被害人意願之具體方法，是否在客觀上足以壓抑、妨害或干擾被害人之性自主決定權應審酌行為人及被害人之年齡、體型、社會歷練及所處環境等具體情狀而為綜合判斷。至於發生性交行為之際，被害人有無喊叫、呼救、肢體掙扎或抵抗等事項，於判斷行為人所為是否違反被害人之意願時，雖可作為重要參考依據，但尚未可一概而論。」，而前述最高法院 107 年度台上字第 3875 號刑事判決則認為：「而人之智能本有差異，於遭逢感情、健康、事業等挫折，處於徬徨無助之際，其意思決定之自主能力顯屬薄弱而易受影響，若又以科學上無法即為印證之手段為誘使（例如假藉命理、神通、法力、宗教或迷信等），由該行為之外觀，依通常智識能力判斷其方法、目的，欠缺社會相當性，且係趁人急迫無助之心理狀態，以能解除其困境而

壓制人之理性思考空間，使之作成通常一般人所不為而損己之性交決定，自非屬出於自由意志之一般你情我願男女歡愛之性行為，而屬一種以違反意願之方法，妨害他人之性自主權²⁴。」。

綜合上述最高法院之判決而言，行為人之行為是否已達妨害被害人性自主決定權或意願之程度，不僅應綜合行為人與被害人雙方之個人之年齡、體型、社會歷練及及行為當下之環境之外，尚包含最高法院 107 年度台上字第 3875 號所述之趁人急迫無助之心理狀態，因此若行為人趁被害人處於現實上窘迫之處境而與被害人為性交或猥褻行為，便可能該當違反他人意願之構成要件而遭刑法第 221 條或第 224 條處罰。

第二目 構成要件行為是否以與行為客體有合意為必要容有疑義。

目前主流見解認為刑法第 227 條的保護法益係兒童的身心健全成長已如前述，基於此保護法益，有論者認為本罪之故意成立與否並不問行為人與行為客體間是否具備合意²⁵。亦有論者認為，刑法第 227 條第一項之罪固然應以得行為客體同意之和平手段為之，惟行為客體之同意係屬無效²⁶。前者不以合意為構成要件之見解固可從文字意義理解；但以客體之同意為必要卻又認為該同意係屬無效，究竟該同意的性質為何不無疑問。

刑法第 227 條各項之罪是否以合意為構成要件，以及究竟具有合意能力之年齡界限為何，以下將整理實務上相關見解，以梳理實務上對此的看法。首先就刑法第 227 條第一、二項關於未滿 14 歲之男女為性交或猥褻之情形，最高法院 102 年度台上字第 2233 號刑事判決就與未滿 14 歲之男女為猥褻或性交時，認為應具備合意：「又刑法第二百二十七條第二項對於未滿十四歲之男女猥褻罪，係指行為人與未滿十四歲之男女合意為猥褻行為而言，對未滿十四歲男女為猥褻行為，苟非出於雙方合意，自不得論以該條項之罪。」另有最高法院 101 年度台上字 5314 號判決，更進一步區分討論未 7 歲及滿 7 歲但未滿 14 歲之男女的合意能力：「而刑法第二百二十七條第二項對於未滿十四歲之男女猥褻罪，係指行為人與未滿十四歲之男女合意為猥褻行為而言，對未滿十四歲男女為猥褻行為，苟非出於雙方合意，自不得論以該條項之罪，是猥褻之對象倘為未滿七歲之男女，因該男女並無意思能力，即不可能與行為人有猥褻之合意，行為人所為自己妨害該未滿七歲男女『性自主決定』之意思自由，均屬『以違反意願之方法』而為，應論以刑法第二百二十四條之一之加重強制猥褻罪。」此以 7 歲和 14 歲是否具有同意能力的實務見解，透過最高法院 99 年度第 7 次刑庭決議的作成，似乎已形成穩定的見解；該決議認為，從民法意思能力的角度而言，未滿 7 歲之男女並無意思能力而無為性交合意之能力；又自公民政治與權利國際公約及兒童權利公約以觀，應自未滿十四歲之人的角度解釋何謂「違反被害人意願之方法」，而行為人若因未滿 7 歲之人無從表示不同意而僅犯刑法第 227 條第一項之罪則顯有法律失衡；因此，若與未滿 7 歲之男女為性交，

²⁴ 最高法院 106 年度台上字第 456 號刑事判決亦採此見解。

²⁵ 盧映潔，前揭註 19，頁 166。

²⁶ 陳子平，前揭註 21，頁 288。

應認妨害該未滿 7 歲之男女的性自主決定自由，而成立刑法第 222 條之加重強制性交罪。

而就刑法第 227 條第三、四項關於 14 歲以上未滿 16 歲之男女為性交或猥褻之情形，最高法院 105 年度台上字第 649 號刑事判決認為：「刑法第二百二十七條第三項之對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交罪，係以「行為人與十四歲以上未滿十六歲之男女『合意』為性交」為構成要件，倘該十四歲以上未滿十六歲之男女有意思能力，且經其同意與行為人為性交者，自應論以該項之罪²⁷。」。觀察最高法院對於刑法第 227 條是否應以具備合意為必要，主要係為區分犯罪事實究竟應適用強制性交猥褻罪（刑法第 221 條、刑法第 224 條），或是準強制性交猥褻罪（刑法第 227 條），因此將合意作為刑法第 227 條之罪成立的構成要件之一。在最高法院採取合意作為構成要件的見解下，行為人構成本罪的故意勢必應與行為客體具有合意，否則會落入強制性交猥褻罪的處罰範圍。

然而，究竟何歲可以被認為是有表示性合意之能力，觀察上述 3 則最高法院之見解，當被害人未滿 14 歲時，有最高法院見解從民法意思能力的角度認為未滿 7 歲之人無合意能力，因此被害人所為之意願均是無效的合意，而屬強制性交。另外，被害人為滿 14 歲但未滿 16 歲之男女時，最高法院肯認其具有意思能力，能夠表達合意，而可能使行為人構成刑法第 227 條第三項或是第四項之準強制性交或猥褻罪。但由此可見，立法者在刑法第 227 條第一、二項中未就未滿 14 歲者再為區分有意思能力和沒有意思能力的情形，部分最高法院的見解似乎已創設立法者未規範的構成要件。

第三目 刑法第 227 條中性交或猥褻之定義為何？

首先，性交的定義在刑法第 10 條第 5 項第 1 款、第 2 款已有規定。猥褻則屬於不確定法律概念，在實務上，過去最高法院曾在民國 17 年作成決議：「猥褻云者，其行為在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之謂。」²⁷ 年渝上字第 558 號判決認為：「按刑法第二百二十八條之猥褻罪，雖不以使被害人至不能抗拒或乘其不能抗拒之情形而為之為構成要件，惟所謂猥褻，固指姦淫以外有關風化之一切色慾行為而言，苟其行為在客觀上尚不能遽認為基於色慾之一種動作，即不能遽論以本條之罪。」近年最高法院 106 年台上字第 922 號判決認為：「按所謂『猥褻』，係指性交以外足以興奮或滿足性慾之一切色情行為而言，凡在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾者，均屬之……。」或最高法院 107 年台上字 530 號判決認為猥褻行為係指：「刑法所處罰之強制猥褻罪，係指性交以外，基於滿足性慾之主觀犯意，以違反被害人

²⁷ 相同實務見解尚可參：最高法院 104 年度台上字第 2802 號判決、最高法院 103 年度台上字第 3987 號判決、最高法院 102 年度台上字第 2233 號刑事判決、最高法院 102 年度台上字第 248 號刑事判決、最高法院 101 年度台上字第 2675 號判決。

意願之方法所為，揆其外觀，依一般社會通念，咸認足以誘起、滿足、發洩人之性慾，而使被害人感到嫌惡或恐懼之一切行為而言……。」。

關於猥褻行為的定義，有學者觀察到最高法院 103 年上字第 1254 號判決曾對與未滿 14 歲男女親吻是否屬於「猥褻」表示見解，該判決認為：「鑒於社會對性尺度之日益開放，男女肢體間之接觸是否構成猥褻之行為，已不能立於『男女授受不親』的傳統觀念予以評價，應視現下之社會風俗民情以為論斷。就男女接吻之行為而言，其屬兩情相悅，互為愛意表現之合意接吻行為，依社會通念，並不會引起對方性嫌惡感，客觀上即非屬色慾之一種動作，不應被評價為猥褻之行為。」，因而提出基於兩情相悅的性交行為是否即非刑法第 227 條的性交行為，並認為應探討本罪的保護法益為何²⁸。或有學者認為，猥褻行為應以「是否能引起性慾」作為判斷的依據²⁹。同時亦有學者認為，性交屬於猥褻的加重型態，而是否構成猥褻則應視行為外觀上是否有明顯的最低限度之性關聯，若仍不足以判斷時則應結合行為人主觀上是否有刺激或滿足自己或他人之性慾的意圖³⁰。

綜合上述，刑法第 227 條中性交之定義因刑法已有規定因此較無疑義，惟猥褻定義自過往至今在學說和實務上仍無定論，但從上述學說和實務見解的分析以觀，學說和實務皆有肯認應考量行為是否係性交以外之引起性慾的行為，並使行為客體感到厭惡而論。

第二款 主觀構成要件

自刑法第 227 條以觀，行為人固然應對於行為客體之年齡及其行為並未違反行為客體之意願有認識，始成立本罪。然而有疑問者是，若行為人誤認行為客體之年齡時，是否仍構成本罪？

首先最高法院 62 年第 1 次刑庭庭推總會決議認為：「刑法第二百二十一條第二項之準強姦罪，不以行為人明知被害人未滿十四歲為必要，其有姦淫未滿十四歲女子之不確定故意者，亦應成立本罪。」，民國 88 年修法後，刑法第 221 條第二項之準強姦罪之規定移至刑法第 227 條第一項，上開最高法院決議仍繼續受最高法院所援用（最高法院 95 年度台上字第 130 號判決參照）。因此若行為人對於行為客體之年齡是否為未滿 14 歲或滿 14 歲但未滿 16 歲有不確定故意，應認行為人仍構成刑法第 227 條之故意。

然而在行為人確實誤認的情形下，實務上有認為不應構成刑法第 227 條之故意。最高法院 93 年台上字第 3557 號判決認為：「按刑法第二百二十七條第一項至第四項之對於未滿十四歲之男女，或對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪，固不以行為人明知被害人為未滿十四歲，或十四歲以上未滿十六歲之人為絕對必要，若其有與未

²⁸ 陳子平，前揭註 21，頁 294。

²⁹ 盧映潔，刑法分則新論，頁 388（2017）。

³⁰ 許澤天，刑法分則（下）人格與公共利益篇，頁 237-238（2019）。

滿十四歲，或十四歲以上未滿十六歲之人性交之不確定故意者，亦應成立上開罪名。又此所謂之『不確定故意』，係指行為人雖不知被害人係未滿十四歲，或係十四歲以上未滿十六歲之人，但其主觀上已預見被害人可能係未滿十四歲，或係十四歲以上未滿十六歲之人，竟仍執意為之，而不違背其本意者而言。亦即行為人主觀上已有前述預見，為認定其具有不確定故意之前提，此與在客觀上能否預見無關；縱客觀上能預見，但若行為人主觀上並無此項預見，即無所謂不確定故意之可言。」。此外，法務部亦認為，行為人若對於行為客體確實不具備直接故意或間接故意，而誤認行為客體之年齡，則應阻卻故意而不成立本罪³¹。是以，行為人必須至少對於行為客體未滿 14 歲或滿 14 歲但未滿 16 歲有間接故意，否則不應成立本罪。

第三項 小結

綜觀上述學說與實務的見解，刑法第 227 條的保護法益，主流見解認為應係兒童身心健全成長之利益，但此見解與當初立法者預設保護法益為性自主的立場相違背，同時亦有實務見解及學說肯定刑法第 227 條之保護法益不包含性自主。本罪的構成要件，行為人固然客觀上需以和平而不違反行為客體意願之方式為性交或猥褻行為，至於是否應具備合意，自最高法院的見解以觀，應在以下兩種分類中加以判斷，在滿 14 歲但未滿 16 歲的狀況下，法院基本肯認行為客體有合意之能力；在未滿 14 歲之情形，則有未滿 7 歲者不具意思能力而無法行合意的見解。至於主觀上，行為人如有年齡誤認之情形發生，若行為人對於行為人之年齡具備直接或間接故意，則不妨礙本罪之成立。因此本罪當前最大的爭議在於刑法第 227 條之保護法益是否包含性自主，以及本罪各項的行為客體究竟要以幾歲是否具備合意能力而應以合意作為本罪的構成要件。

在分析刑法第 227 條之保護法益及構成要件後，本文下一步將探討刑法第 227 條之 1 之實務發展，以釐清兩小無猜條款當前的運作現狀。

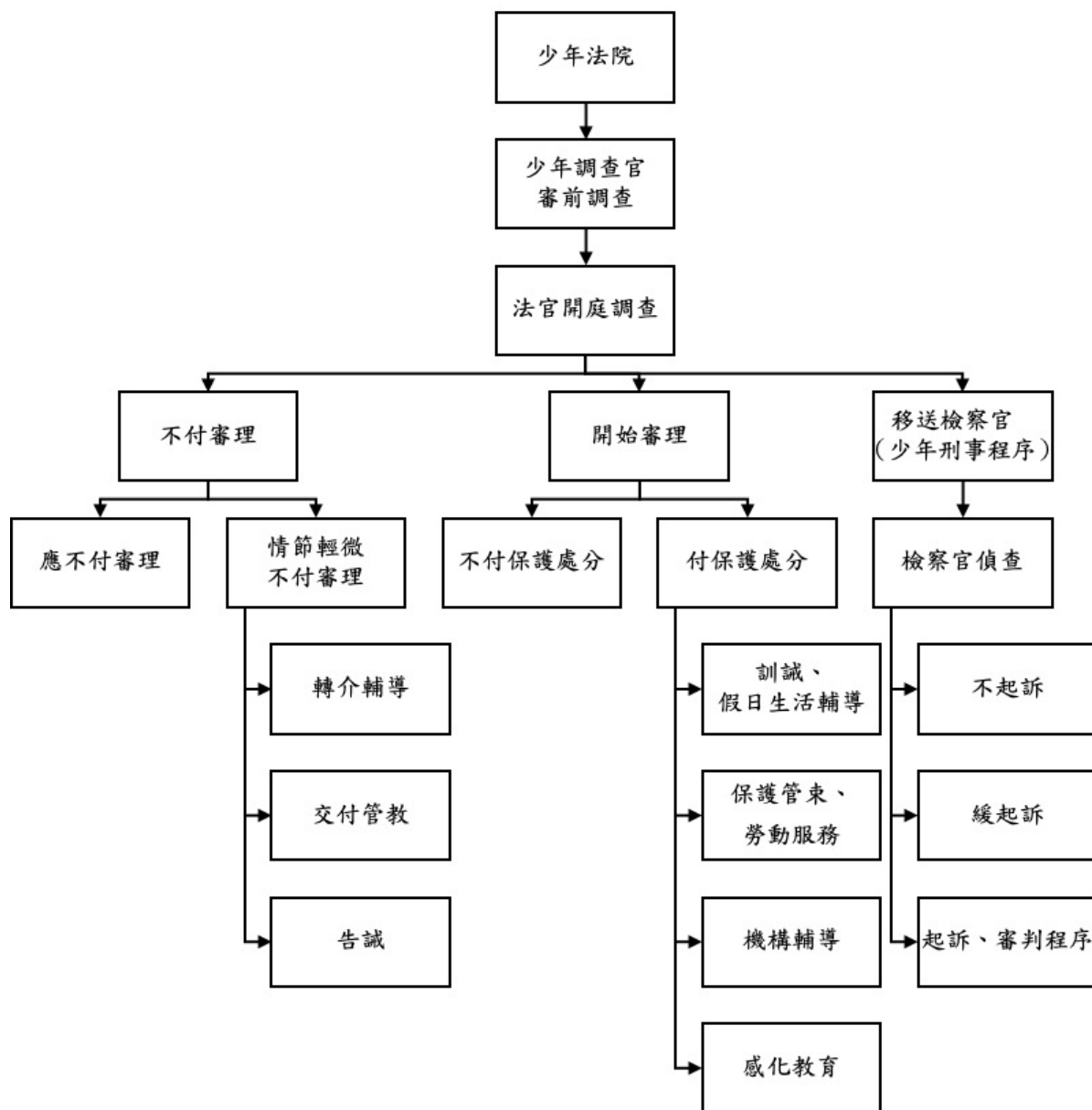
第二節 兩小無猜條款—刑法第 227 條之 1

心智成熟之完全責任能力人與未滿 14 歲或滿 14 歲但未滿 16 歲之男女基於合意而以和平之方式為性交或猥褻，將構成刑法第 227 條各項之罪。今未滿 14 歲或滿 14 歲但未滿 16 歲之男女間發生合意性行為時，若仍論以刑法第 227 條各項之罪則恐有過嚴之疑慮？雖我國於刑法第 18 條第一項訂有「未滿十四歲人之行為，不罰。」，第二項規定：「十四歲以上未滿十八歲人之行為，得減輕其刑。」之明文，給予不慎觸法之未滿十八歲之人刑罰上的優惠，然其效果僅係法官「得」減輕其刑。於本節討論之兩小無猜行為，立法者特考量到「年齡相若之男女，因相戀自願發生性行為之情形，若一律以二百二十七條之刑罰論處，未免過苛，故一律減輕或免除其刑。」而特訂立刑法第 227 條

³¹ 法務部法檢字第 0930801498 號函。

之一，限縮法官於此等案件之裁量權，給予較刑法第 18 條之規定為優惠之「必減輕或免除其刑」效果，已達到保護兒少之目的。

第三節 少年事件處理法及未成年人合意性行為的處遇措施



圖（一）少年事件處理流程圖³²

³² 本圖為簡化司法院少年事件處理流程圖而成，司法院網站：<https://www.judicial.gov.tw/work/work08/少年事件處理流程圖.pdf>（最後點閱時間：2019年09月10日）。

未成年人間合意性行為案件，原則上皆屬少年事件，而應適用少年事件處理法。按少年事件處理法第 2 條之規定：「本法稱少年者，謂十二歲以上十八歲未滿之人。」因此 12 歲以上未滿 18 歲之人涉犯刑法時應先適用少年事件處理法。又少年事件處理法第 27 條規定，犯最輕本刑 5 年以上之罪者或是案件繫屬後行為人已滿 20 歲（少年事件處理法第 27 條第一項參照），或是經少年法院調查認為犯罪情節重大而以刑事處分適當者（少年事件處理法第 27 條第 2 項參照），方將觸法少年移送地方檢察署檢察官。然而刑法第 227 條各項之罪皆非屬最輕本刑 5 年以上之罪，因此原則上除非未成年行為人惡性重大，否則應適用少年事件處理法。又行為人若係未滿 12 歲之人，少年事件處理法第 85 條之 1 第一項原規定：「七歲以上未滿十二歲之人，有觸犯刑罰法律之行為者，由少年法院適用少年保護事件之規定處理之。」但為配合我國首次兒童權利公約國家審查報告第 96 點第一項意見，應由兒童及少年福利與權益保障法處理未滿 14 歲之人的兒少刑事案件，因此將少年事件處理法第 85 條之一刪除，未來未滿 12 歲之人觸犯刑法時則由少年福利與權益保障法相關規定處理，是為兒童犯罪的去刑罰化³³。因此綜上所述，18 歲以下之人若涉犯刑法第 227 條各項罪名，原則上皆屬少年事件而適用少年事件處理法。

而當十二歲以上未滿十八歲之人進入到少年事件處理程序後，按照少年事件處理法之規定，少年可能會受應不付審理之裁定（少年事件處理法第 28 條）、得不付審理並受一定處分之裁定（少年事件處理法第 29 條）、不付保護處分之裁定（少年事件處理法第 41 條）或保護處分之裁定（少年事件處理法第 42 條）。本計畫透過舉辦專家焦點座談會，及對法官和檢察官進行質性訪談，得以從實務的角度了解兩小無猜案件之未成年人在少年事件處理程序中的現狀。同時，本計畫透過舉辦專家焦點座談會時邀請桃園地方法院王以凡主任調查保護官與會，因此得以獲得第一手與妨害性自主相關之少年保護事件資料。下文將佐以王主任調查保護官提供之書面資料（詳參本計畫報告附錄六）、本計畫對法官及檢察官進行的質性訪談內容（詳參本計畫報告附錄一至四）第一次焦點座談會之會議紀要（詳參本計畫報告附錄五），分析涉犯刑法第 227 條之未成年人在少年事件處理程序中的處境為何。

第一項 兩小無猜案件在少年事件處理程序中之現狀

根據王以凡主任調查保護官對於兩小無猜案件未成年當事人的觀察（詳參本計畫報告附錄六），「被害人」通常都不認為自己是被害人，亦無提出告訴的意願，多數案件是家長認為自己的孩子受到欺侮而提告，這樣的現狀常導致「被害人」在伴侶與家長之間陷入兩難困境；同時亦因為「被害人」不認為自己是被害人的原因，以及強制通報和

³³ 中華民國（臺灣）兒童權利公約首次國家報告國際審查會議結論性意見（定稿） Concluding Observations on the Initial Report of the ROC/Taiwan on the Implementatio, CRC 資訊網：https://crc.sfaa.gov.tw/crc_front/index.php?action=content&uuid=9711f049-5dee-43bc-80fe-4f1ed2b30d6e（最後點閱時間：2020 年 3 月 17 日）

國家法律的強制介入，使得社政和教育人員能發揮的功能有限。

此外在本計畫舉辦之第一次專家焦點座談會上，與會專家也對於實務上未成年人因兩小無猜案件進入司法程序後的狀況進行分享（詳參本計畫報告附錄五）。司法院家事廳謝靜慧廳長表示，實務上確實有些案件係法代藉由未成年子女的兩小無猜案件來賺取金錢，若沒有拿到對方的賠償便不停止採取司法爭訟；臺灣高等檢察署花蓮分署黃怡君檢察官表示，兩小無猜不應由司法處理，實務上遭遇很多女性被害人不願意提告，但家長堅持提告的狀況；王以凡主任調查保護官表示，家長影響程序非常大，大部分孩子不想告，司法多在處理家長的情緒，又兩小無猜之未成年人如果有逃家而寄居在他人家中時，家長可能會用提告來逼未成年人回家，同時也指出有家長會藉由提告謀取賠償或和解金。

針對在兩小無猜案件中未成年子女與法定代理人在提告與否立場相異的問題，本計畫進行的質性訪談中亦有受訪法官和檢察官提出實務上觀察的結果。有檢察官觀察到家長提告的原因一定程度出於家長的不滿情緒，其認為子女尚處年幼不應發生性行為，或認為自己的子女吃虧；但亦有未成年人自行前來提告，其目的係出於分手後的報復心理；此外亦有遇到家長疑似希望藉由和解來從相對人處獲得金錢（詳參本計畫附錄二）。有法官則觀察發現，當事人年齡介於成年門檻附近者，被害人之法定代理人較少提出告訴，即便真的提起訴訟，因為兩小無猜情形下被害人與法定代理人間的意見衝突較小；但實務上常見 13 歲或 14 歲的被害人同意不提出告訴，但法定代理人並不接受，這類的情形通常家庭關係較為薄弱（詳參本計畫附錄三）。

從上述法官、檢察官及調查保護官提出的實務經驗來看，兩小無猜案件在少年事件處理程序中面臨的最大問題，是來自於家長堅持提告的立場。從上述法官、檢察官及調查保護官提出的實務經驗來看，兩小無猜案件在少年事件處理程序中面臨的最大問題往往來自家長。細究其原因，或許出自於對子女的支配心理，而認為未成年子女過早的性行為是他人對自己子女的一種侵害。然而兒童及青少年即便心智未臻成熟而屬於應受國家法律更多保護之未成年人，亦非謂其從屬於其父母，國家法律應將其視為主體並協助其做成獨立自主的意思表示，此亦屬於兒童權利公約第 12 條規定之內容³⁴。而我國少年事件處理法在 2019 年之修法，亦強化對於少年的意思支持程序。在該次修法中，修正少年事件處理法第 38 條為：「少年法院認為必要時，得為下列處置：一、少年為陳述時，不令少年以外之人在場。二、少年以外之人為陳述時，不令少年在場（第一項）。前項少年為陳述時，少年法院應依其年齡及成熟程度權衡其意見。」修正前並無第二項權衡少年意見的規定，而新增此規定則能確保少年表達的意見將受法院按照少年的年齡

³⁴ 兒童權利公約第 12 條規定：「締約國應確保有形成其自己意見能力之兒童有權就影響其本身之所有事物自由表示其意見，其所表示之意見應依其年齡及成熟度予以權衡（第一項）。據此，應特別給予兒童在對自己有影響之司法及行政程序中，能夠依照國家法律之程序規定，由其本人直接或透過代表或適當之組織，表達意見之機會（第二項）。」

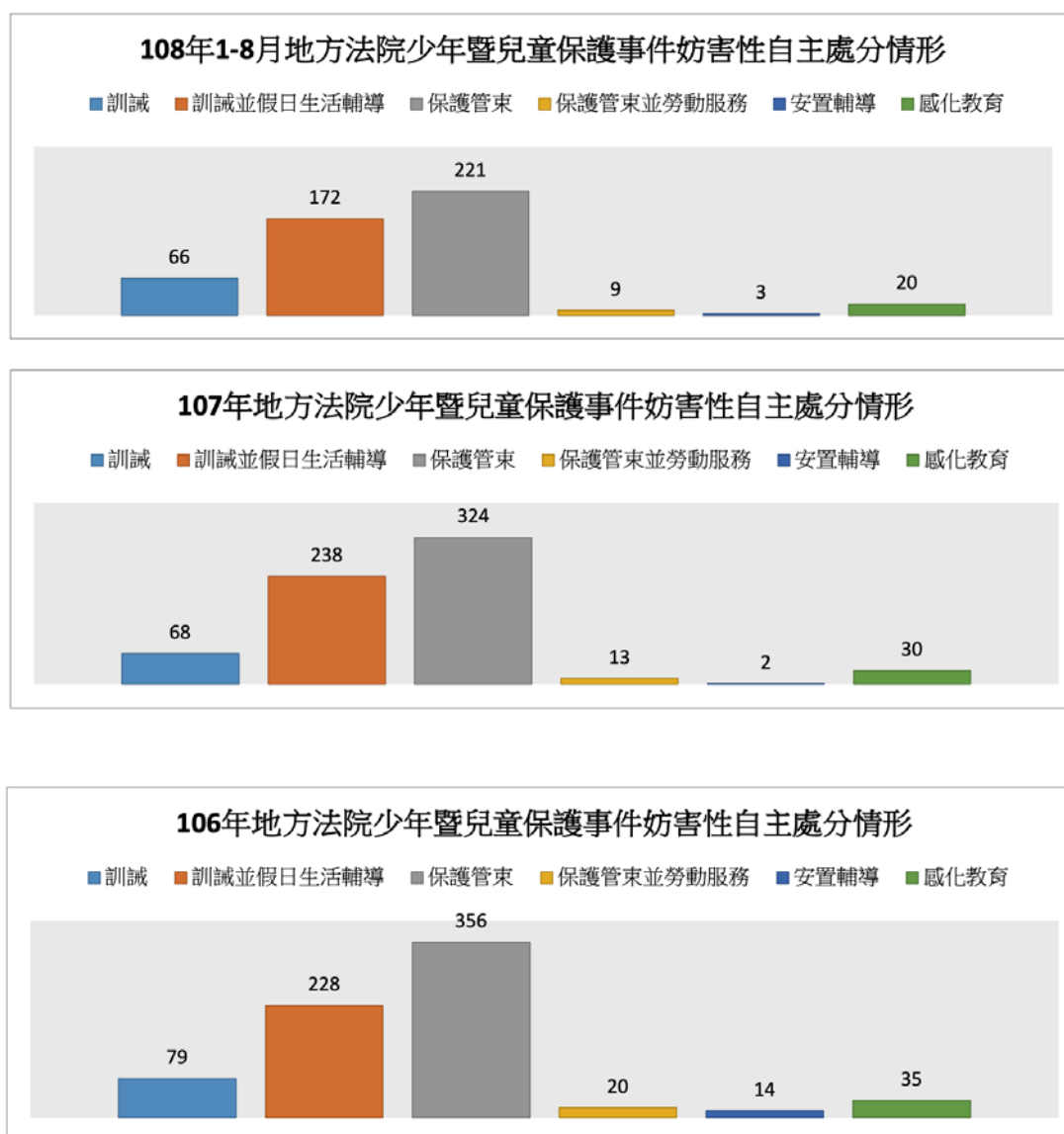
和成熟程度予以審酌。

而為了配合少年事件處理法在 2019 年的修法，少年保護事件審理細則亦隨之在 2020 年時修正。少年保護事件審理細則第 3 條即為本次修正新增，其規定：「詢（訊）問少年或告知法律所定應告知事項時，應以和藹懇切之態度、適當方式，及使用少年易於瞭解之用語為之，並使少年得自由表達意見。少年因精神或其他心智障礙無法為完全之陳述者，必要時，得請兒童及少年心理衛生或其他專業人士協助（第一項）。少年不通曉詢（訊）問之人所使用之語言者，應由通譯傳譯之；其為聽覺、語言或多重障礙者，除由通譯傳譯外，並得以文字、手語或其他適當方式詢（訊）問，少年亦得以上開方式表達。（第二項）」又少年保護事件審理細則亦新增第 12 條規定：「輔佐人應依少年年齡及心智成熟程度，以少年、少年之法定代理人或現在保護少年之人所能理解之適當方式，告知進行之程序、情形及結果。」此部分的修正亦強化了少年了解法庭進行狀況的程序，促進少年得以進行適當的表達。最後在裁定的作成上，少年保護事件審理細則第 27 條及第 52 條亦規定法官得以宣示筆錄代替裁定書，這項修正使少年、少年之法定代理人及少年之輔佐人等，能知悉裁定涵括的事實範圍³⁵。最後，為避免少年因無人陪同而為能取得表達意見所需的協助或支持，少年保護事件審理細則第 22 條第一項亦修正為：「詢（訊）問少年前，應通知少年之法定代理人、現在保護少年之人或其他適當之人到場。但有急迫情況者，不在此限。」

綜上所述，少年事件處理程序中陷於法定代理人與伴侶間的兩難困境，在經過 2019 年少年事件處理法及 2020 年少年保護事件審理細則的修正後，其意思獨立表達的權利及相關的支持機制已受到強化，應可促進少年獨立自主表達對於兩小無猜案件的意見。然而，在實務場域中，這些保障少年得以獨立發表意見的程序，是否能在兩小無猜案件中，更進一步減緩法定代理人出於對子女的支配或私慾所施加在子女身上的壓力，仍有待實務更進一步發展後的觀察。下文將再就兩小無猜案件中的未成年人可能受到的保護處分進行分析。

³⁵ 少年保護事件審理細則修正草案條文對照表，司法院：<https://www.judicial.gov.tw/tw/dl-86414-ed30e5d84f1043dead2cbb4e055240b2.html>（最後點閱時間：2020 年 3 月 17 日）

第二項 兩小無猜案件受保護處分情形分析



圖（二）106年至108年8月為止地方法院少年及兒童因妨害性自主受保護處份情形

自圖（二）的統計數據以觀，目前我國未滿18歲之未成年人因妨害性自主而受的保護處分類型，主要係保護管束，其次則為訓誡並假日生活輔導，再者為訓誡，其餘種類的保護處分案件數則不及於上述三種保護處分任一的件數。而根據王以凡主任調查保護官之書面意見，一般兩小無猜而無其他偏差行為之案件，多會建議不付審理交家長嚴加管教，並不會進入保護管束等長期處分；但針對家庭管教功能欠缺或個案控制能力較薄弱者，法院則會交付保護管束並請主管機關評估施以身心治療或輔導之必要。

訓誡及假日生活輔導規定於少年事件處理法第50條，訓誡係由法官向少年指明不良行為並說明未來應遵守之事項（少年事件處理法第50條第一項參照），假日生活輔導則是由少年保護官向少年施予品德教育、輔導作業或其作業（少年事件處理法第50條第三項參照）。根據王以凡主任調查保護官之書面意見（詳參本計畫附錄六），目前

法院在執行訓誡事項時，除了由法官向少年說明未來應注意事項及相關法規之外，也會以規劃由他人進行的一次性講座課程；而少年保護官在執行假日生活輔導時，多數採取團體上課方式，讓少年在假日到法院參與 5 到 7 次法律、性別、情感、人際、理財、職涯、休閒或勵志等課程，少數少年保護官也會針對少年進行 5 到 7 次個別的法律、性別輔導。

至於保護管束的實施情形，其強制力與國家介入程度又比訓誡和假日生活輔導更強，有必要另闢段落進行探討。因此下文將先探討保護管束之實施情形，再論述兩小無猜之未成年人在少年事件處理程序中的實際情況。

第三款 保護管束概述

就少年事件處理法中保護處分的體系而言，保護管束是一種對少年的強制力介於訓誡與感化教育之間的非刑罰措施，以將犯罪行為尚不嚴重、品行尚非惡劣而無害於社會的少年，釋放於自由社會並監督輔導之，以促進少年改善行為的非刑罰措施³⁶。現我國法律中較為詳細的定義在少年事件處理法第 51 條第 1 項：「對於少年之保護管束，由少年保護官掌理之；少年保護官應告少年以應遵守之事項，與之常保接觸，注意其行動，隨時加以指示；並就少年之教養、醫治疾病、謀求職業及改善環境，予以相當輔導。」，此外，少年及兒童保護事件執行辦法第 13 條第 1 項規定少年在保護管束期間應遵守之事項：「一、保持善良品性，不得與素行不良之人交往。二、服從少年法院及執行保護管束者之命令。三、不得對被害人、告訴人或告發人尋釁。四、將身體健康、生活情況及工作環境等情形報告執行保護管束者。五、非經執行保護管束者許可，不得離開保護管束地七日以上。六、經諭知勞動服務者，應遵照執行保護管束者之命令，從事勞動服務。七、其他經少年保護官指定必須遵守之事項。」，是以從上述學理定義與法律之規定來看，保護管束亦有透過法律賦予的強制力，補足原生家庭與既有生活環境在健全少年成長發展上的不足，但同時也避免使少年脫離原生家庭既有生活環境，使少年能在原本的生活秩序下接受司法及社福資源的幫助，因此保護管束也同時具有社區處遇與社會工作的性質。

第四款 保護管束之執行

保護管束原則上係受少年保護官執行，但法律上亦容許由其他單位負責，並受少年保護官指導，俾使少年能受個案需要之處遇措施，少年事件處理法第 51 條第 3 項便規定：「少年法院得依少年保護官之意見，將少年交付適當之福利或教養機構、慈善團體、少年之最近親屬或其他適當之人保護管束，受少年保護官之指導。」此外少年事件處理法第 11 條規定：「心理測驗員、心理輔導員、書記官、佐理員及執達員隨同少年調查官或少年保護官執行職務者，應服從其監督。」少年保護官在執行對少年之保護管束時，亦同時有心理測驗員及心理輔導員及佐理員之協助，其中心理測驗員負責就少年之心理

³⁶ 劉作揖，少年事件處理法，頁 178-179（2016）。

或生涯發展的困難，以測驗之方式協助個案自我探索；心理輔導員則是針對個人或團體之少年，就其心理上之困擾進行輔導；佐理員則是針對少年的毒品施用進行檢驗，或是協助少年觀護工作之進行³⁷。

保護管束在執行之初，少年保護官會先與少年及其法定代理人會面，以說明保護管束之意義、目的、執行期間與應遵守事項，並告知少年之權利義務為何，此部分稱為少年的第一次報到³⁸。第一次報到結束後少年保護官，或少年保護官借指導之少年事件處理法第 51 條第 3 項各團體，便會擬定輔導計畫，並隨少年或少年家長的反應、犯罪事實、輔導或測驗之結果等資料隨時調整³⁹。在保護管束執行期間，少年原則上需定時到法院調查保護處進行報到，並與少年會談、請少年提供工作或學校生活之相關資料，或請少年抄寫作業，以了解少年之狀況並加以輔導；定期報到時間之外，少年保護官亦會與家長、學校或雇主進行緊密聯繫，或是親自到少年生活的場域進行訪視，若發現少年有需要心理輔導的必要，則會轉介心理輔導員或測驗員⁴⁰。此外，依少年事件處理法第 42 條及第 55 條之 1 的規定，少年保護官亦得在保護管束期間命少年為勞動服務，或交付少年事件處理法第 51 條第 3 項各團體執行。

根據王以凡主任調查保護官提供之書面意見（詳參本計畫報告附錄六），在保護管束期間，少年保護官也會按照少年的需求，命參加法院舉辦之課程，例如性別、情感、法律、職涯體驗、職涯試探等；或轉介少年使用社區、福利、教育職訓等資源，同時也會不定期請少年家長參與團體或親職課程。

又按照少年事件處理法第 53 條之規定，保護管束之期間不得超過 3 年；在保護管束執行逾 6 個月時，按照少年事件處理法第 55 條第 1 項之規定，少年保護官得視成效，聲請少年法院免除其執行，或由少年、少年之法定代理人或現在保護少年之人，按照少年事件處理法第 55 條第 2 項請求少年保護官聲請之；而在保護管束期間，少年若不服勸導達 2 次以上，按照少年事件處理法第 55 條第 3 項之規定，少年保護官得聲請少年法官裁定留置少年於少年觀護所中 5 日；若少年在保護管束期間違反應遵守事項情節重大，而認保護管束難收效果，按照少年事件處理法第 55 條第 4 項之規定，少年保護官能聲請少年法官撤銷保護管束，並將所剩執行期間轉為感化教育。

第三項 小結

本計畫在此段落回顧目前因兩小無猜事件進入少年事件處理程序之未成年人的處境。首先透過法條的比較分析，我們可以確定原則上未成年人若涉犯刑法第 227 條各項之罪若屬於兩小無猜的情形，原則上會適用少年事件處理法而進入少年事件處理程序。而 12 歲以上未滿 18 歲者屬於少年事件處理法之程序主體，其進入少年事件處理程序之

³⁷ 徐錦鋒，少年觀護制度理論與實務，頁 353（2011）。

³⁸ 同前註，頁 358。

³⁹ 同前註，頁 360。

⁴⁰ 同前註，頁 360-362。

原因各異，但從本計畫舉辦之專家焦點座談會及對法官和檢察官實施之質性訪談結果來看，多有案件是未成年人不願提告但家長堅持提告的情形，家長堅持提告可能係認為子女年幼不應有性行為，或認為子女受到欺侮，或希望從提告來換取和解金或賠償金；但亦有少數案例是未成年人出於對前伴侶的報復而提出告訴。而在 2019 年少年事件處理法及 2020 年少年保護事件審理細則修正時，強化了對於未成年人的意見表達支持機制，可望促進未成年人向法院表達自身對於兩小無猜案件的意思及決定，但這項修法是否能更進一步避免法定代理人堅持提告而對未成年人帶來的負擔，則有待進一步的觀察。至於少年法院對兩小無猜案件作成的決定方面，如果是純粹兩小無猜案件，多半會交由家長管教，或施以訓誡或假日生活輔導；若未成年人同時有其他偏差行為，則會施以保護管束。而訓誡主要是由法院告知未成年人在法律方面應注意之事項，假日生活輔導則會因少年的個案情況而要求少年參與相應的講座，或由少年保護官進行輔導。保護管束方面則會由少年保護官針對少年的個案狀況，予以生活或工作上更緊密的追蹤或輔導，並會視情況送請主管機關評估心理輔導之需要。

綜上所述，目前已知兩小無猜案件在少年事件處理程序中最大的問題，在於未成年人與法定代理人間就提出告訴與否產生分歧。此問題固然可透過強化未成年人在少年事件處理程序中的意思支持保護程序，來讓法官作出最符合未成年人利益的決定。但除此之外是否可以透過強化教育和輔導機制加以解決，或是從刑法第 227 條的構成要件上進行更細緻的規範，使兩小無猜案件能分流至教育和輔導機制進行處理。另一方面，使有利用未成年人的脆弱處境、利用較未成年人更優越之性知識，或其他妨礙未成年人性自主權行使之案件仍進入少年事件處理程序，進而使兩小無猜案件除罪化，達到尊重未成年人性自主權的目的。本計畫在回顧刑法第 227 條之構成要件、刑法第 227 條之 1 兩小無猜條款之運作現狀，以及我國少年事件處理法處理兩小無猜案件之情形後，將繼續進行對美國、德國、日本以及瑞典之比較法分析，觀察外國法運作模式，以解決我國欲修正之問題，最後結合座談會意見以及質性訪談之結果進行法制問題的綜合分析。

第四章 外國法之比較分析

第一節 美國法

第一項 規範模式簡介

美國與未成年人性交罪的英文名統稱為 *statutory rape*，直譯為「法條性侵害」這是因為最早的普通法（*common law*）並未將未成年人之性交行為定義為犯罪，最早的改變是來自於一個英國法律成文條文，因此相較於普通法之犯罪行為，才會直接將未成年人之性交罪直稱為「法條性侵害」。美國法承繼英國法的傳統，透過法律將與未成年人之性交行為定義為犯罪行為，主要的原因是未成年人無法有效給予同意。在英國法下，最原始的未成年年齡是 10 歲，亦即只要與未滿 10 歲之未成年人發生性行為，即構成與未成年人性交罪。

隨著時代改變，美國與未成年人性交罪逐漸改變，除了將與未成年人性交罪變得「性別中性」以外，其中最重要的改變是將未成年人的年齡逐步提升，從過去的 10 歲一路提升至 14 歲、16 歲（美國有至少 30 州、聯邦法、以及模範刑法典是以 16 歲作為門檻⁴¹），甚至是到更高的 17 歲或 18 歲，擴大未成年人的保護範圍。年齡提升後產生的一個問題在於當未成年人是較高年齡的未成年人時（如 12 歲以上），未成年人透過法律保護的必要性會相對減低。過去為了處理這個問題，美國有些州會容許行為人針對一定年齡以上的未成年人提出所謂的「濫交」（*promiscuity*）抗辯，但是這個抗辯從現在的角度來看並不是適當的方式，因為這會導致案件的重心轉變到檢討被害人過往性經驗與性歷史，此外，此種抗辯背後的假設也值得存疑，彷彿是在說，因為未成年被害人過去曾經有豐富的性經驗，因此較不可能在沒有合意的情況下發生性行為⁴²。另一種方式是設定年齡上的限制，由立法者設定兩個或更多的年齡層級，被害人年齡越低的時候，犯罪刑度越重⁴³。第三種方式則是透過法條的設計，依照行為人與被害人之間的年齡差距，給予不同的評價，透過這種規範方式將同年齡未成年人之間的兩小無猜行為減輕其刑或事排除在刑罰之外。採取年齡差距模式的立法，考慮的是當被害人是未成年人，且行為人大於被害人一定歲數時，被害人實際上沒有足夠的能力針對性交做出正確的決定，且行為人因為心智較為成熟，更容易說服被害人為性交行為⁴⁴。也有立法理由直接認為當行為人年紀比未成年人大一定歲數時，具有較高的道德可非難性⁴⁵。

⁴¹ *United States v. Rodriguez-Guzman*, 506 F.3d 738, 745 (9th Cir. 2007).

⁴² Michelle Oberman, *Turning Girls into Women: Re-Evaluating Modern Statutory Rape Law*, 85 J. CRIM.L. & CRIMINOLOGY. 15, 26 (1994).

⁴³ Britton Guerrina, *Mitigating Punishment for Statutory Rape*, 65 U. CHI. L. REV. 1251, 1255-56 (1998)

⁴⁴ Leslie Y. Garfield Tenzer, #MeToo, Statutory Rape Laws, and the Persistence of Gender Stereotypes, 2019 UTAH L. REV. 117, 139 (2019).

⁴⁵ Legislative note of Ohio Rev. Code Ann. § 2907.04.

美國多數州的法規都有採取第三種規範模式，規定與未成年人性交行為人必須要比未成年被害人年長特定歲數，方能成罪。比方說紐約州規定，若被害人未滿 11 歲，或是行為人 18 歲以上，而被害人未滿 13 歲，構成第一級性侵害罪；當行為人 18 歲以上，而被害人未滿 15 歲時，構成第二級性侵害；當行為人為 21 歲以上之人，而被害人未滿 17 歲時，構成第三級性侵害⁴⁶。在性侵害下還有次一級的犯罪「刑事性行為罪」，處理的是口交跟肛交的情況，同樣也是分三級⁴⁷。在刑事性行為罪之下又有「性虐待罪」，處理的是更輕微的性接觸，同樣分為三級⁴⁸。最後則是有一個概括性的「性不當行為罪」，將所有與未滿 17 歲之人發生性行為的狀況均包含在內⁴⁹。

第三種規範模式其他的例子包括，比方說密西西比州規定，被害人 14-16 歲時，而行為人為 17 歲以上之人且比被害人年長 3 歲以上時，構成與未成年人性交罪，或行為人比被害人年長 2 歲以上，且被害人未滿 14 歲，亦構成與未成年人性交罪⁵⁰。科羅拉多州則規定，被害人未滿 15 歲，而行為人比被害人年長 4 歲以上時，構成與未成年人性交罪，若被害人為 15 歲以上未滿 17 歲，而行為人比被害人年長 10 歲以上時，構成與未成年人性交罪⁵¹。華盛頓州分為三級，規定被害人未滿 12 歲，且行為人比被害人年長超過 2 歲時，構成第一級性侵害，被害人 12 算以上未滿 14 歲，且行為人比被害人年長超過 3 歲時，構成第二級性侵害，被害人 14 算以上未滿 16 歲，且行為人比被害人年長超過 4 歲時，構成第三級性侵害犯罪⁵²。俄亥俄州規定被害人若未滿 13 歲，則構成與未成年人性交罪，若行為人為 18 歲以上，而被害人為 13 歲以上未滿 16 歲時，構成較輕等級之與未成年人性交罪，如果行為人比被害人年長未滿 4 歲時，減輕罪責，如果行為人比被害人年長 10 歲以上時，加重罪責⁵³。德州則是規定當被害人為 14 歲以上且行為人比被害人年長 3 歲時，行為人得主張「積極抗辯」（affirmative defense）⁵⁴。

根據統計，美國有 41 州的州法中有類似的年齡差距規定。其中，12 州的法律中有規定年齡差距須達 3 年，有 12 州要求年齡差距須達 2 年，有 22 州的法律中有規範 4 年的年齡差距，另外有 17 州有規定更大的年齡差距，範圍從 5 歲到 12 歲都有⁵⁵。但需要特別說明的是，絕大多數的州別雖然有透過年齡差距的設計給予兩小無猜的雙方優惠，但是真正將兩小無猜情況除罪化的例子是少的，多半只是像前述紐約州的做法，將成罪的罪名等級往下降，緩和刑罰對於兩小無猜當事人的衝擊。檢察官認為有追訴必要的情形，仍然有法條可以用。

⁴⁶ N.Y. Penal Law § 130.35; N.Y. Penal Law § 130.30; N.Y. Penal Law § 130.25.

⁴⁷ N.Y. Penal Law § 130.50; N.Y. Penal Law § 130.45; N.Y. Penal Law § 130.40.

⁴⁸ N.Y. Penal Law § 130.65; N.Y. Penal Law § 130.60; N.Y. Penal Law § 130.55.

⁴⁹ N.Y. Penal Law § 130.20.

⁵⁰ Miss. Code Ann. 97-3-65.

⁵¹ Colo. Rev. Stat. § 18-3-402.

⁵² Wash. Rev. Code § 9A.44.073; Wash. Rev. Code § 9A.44.076; Wash. Rev. Code § 9A.44.079.

⁵³ Ohio Rev. Code ANN. § 2907.04.

⁵⁴ Tex. Penal Code ANN. § 22.011.

⁵⁵ US v. Gomez, 757 F.3d 885, 907-08 (9th Cir. 2014).

第二項 誤認年齡之爭議

由於與未成年人性交罪的核心要件是年齡，因此年齡的性質是什麼，被告能否以誤認年齡作為抗辯，就成為認定上常見的爭議。過去美國主流的見解是採取「無過失責任」（strict liability）的態度，所以無論被告誤認年齡是否有合理的根據，都無法以誤認被害人年齡進行抗辯。但是自 1964 年以來，實務見解漸漸開始承認誤認年齡的抗辯，發展至今，學界應該都能普遍接受是否要採取無過失責任，主要應該是本於政策考量。

目前美國各州約有 1/3 承認或部分承認年齡誤認的抗辯，其中多數是要求被告的年齡誤認必須是「合理的」，華盛頓州則是直接規定被告的誤認必須是基於「被害人的聲稱（declaration）」，否則就不算是「合理」⁵⁶。除了這些以過失與否作為立法模式以外，也有的州是以「間接故意」的立法模式進行規範，行為人必須要在訴訟中證明他的與未成年人性交並不具有未必故意⁵⁷。模範刑法典則是區分兩種情況，當犯罪行為涉及的是保護 10 歲以下被害人的條文時，無論如何不能以年齡誤認作為抗辯；當犯罪行為涉及的是保護 10 歲以上被害人的條文時，則行為人可以舉證證明其合理相信該兒童已達特定年齡以上，其舉證門檻需達過半心證⁵⁸。

第三項 除罪化的討論

美國學界有在討論是否應將與未成年人性交罪中，「兩小無猜」之情況除罪化的聲音，從正常的發展來看，同儕間的合意性行為是很普遍，且對於青少年而言是身心發展上非常正常的。同時醫學上也有意見指出，青少年的性行為是無害且正常的，不應該成為受到關注的原因。另外有報告指出，孩童在 10 到 13 歲就會開始性幻想跟自慰、12 或 13 歲就開始會和他人約會，並且經驗親吻、觸碰和其他身體上的接觸，像是口交。14 到 16 歲時，兩性都處於性方面能量非常高的階段，16 歲時有很多人會願意去嘗試性交。因此，性行為是對成長來說非常重要的經驗⁵⁹。因此實際上，刑法並沒有必要去處罰這些對青少年發展來說相當正常的行為。

其他主要的理由包括應避免過度刑罰化將刑罰使用在未成年身上，包含聯邦最高法院在內，有許多論述認為青少年比起成人更無法控制自己的行為；同時也因為他們尚在發展中，青少年也更容易因為司法系統或是監禁所傷害，其中包含性方面的攻擊和心理上的創傷。還有從刑後處遇的角度來觀察，提到與未成年人性交罪在美國大部分的司法管轄區內都保持是一種無過失責任犯罪，並有包含性犯罪登錄系統的嚴重刑罰，而孩童

⁵⁶ Wash. Rev. Code Ann. § 9A.44.030.

⁵⁷ Ohio Rev. Code Ann. § 2907.06.

⁵⁸ Model Penal Code § 213.6(1) : “Mistake as to Age. Whenever in this Article the criminality of conduct depends on a child’s being below the age of 10, it is no defense that the actor did not know the child’s age, or reasonably believed the child to be older than 10. When criminality depends on the child’s being below a critical age other than 10, it is a defense for the actor to prove by a preponderance of the evidence that he reasonably believed the child to be above the critical age.”

⁵⁹ Cynthia Godsoe, *Recasting Vagueness : The Case of Teen Sex Statutes*, 74 WASH. & LEE L. REV. 177, 231-232 (2017).

在與未成年人性交罪上，即使低於 14 歲也必須承擔和成人犯罪者一樣的負擔，但如性犯罪登錄系統，會侵入性犯罪者的私人生活、在遠處便通知社區、居住限制及全球定位追蹤，實際上對於青少年有很大的影響⁶⁰。

學者也提到美國的實務現況，針對與未成年性交罪也有選擇性執法的問題。美國檢察官擁有廣泛的起訴裁量權，在同儕間與未成年人性交罪裡，受害者與加害者同時互為加害者也互為受害者，難以特定出誰應該被起訴、誰造成傷害、誰受到傷害⁶¹，在實務上這件事情卻是由檢察官在起訴與否時負責決定，認定上取決於執法者對於未成年人的性以及性別的看法，這樣的判斷常常可能受到各種恣意或是偏見影響。同樣與起訴裁量權相關，美國檢察官不僅有相當大的權限決定起訴與否，同時針對起訴罪名也享有高度的裁量權，學者提到與未成年性交罪常被用來處理非同意的性侵害，但也因此沒能完整地評價性侵害案件，檢察官也因此無法被激勵來追訴真正的性侵害。最後整個司法系統就被與未成年性交罪這種便利的工具，遮掩住那些司法系統應個別去懲罰而沒有懲罰的行為⁶²。

不過無論如何，美國各州真正將兩小無猜之情況完全除罪化的州別只有五個，因此顯然絕大多數的州還是認為兩小無猜之與未成年人性交罪仍有存在之必要⁶³。

第二節 德國法

對於未成年人的性犯罪，主要規定在德國刑法典第 13 章「妨害性自主」的章節之下。相關的規定主要有：第 176 條【對兒童的性侵害罪】、第 176a 條【加重對兒童之性侵害罪】、第 176b 條【性侵兒童致死罪】、第 180 條【促使未成年人為性行為罪】以及第 182 條【對青少年的性侵害罪】。

第一項 保護法益與犯罪結構

德國刑法典第 13 章的主要保護法益為「性自主」，也就是個人可以決定性活動的地點、時間、對象的自由；這必然也包括拒絕具體性活動的自由⁶⁴。性自主的概念屬於人格權的一部分，是一種源自於人性尊嚴的概念⁶⁵。

不過在與本計畫相關的未成年人性侵害犯罪中，由於涉及未成年人性自主的因素，法益的保護範圍會有著或多或少的修正。僅以第 176 條為例，通說見解認為本條是為了保護兒童的性發展不受干擾，因此法官在個案中尤其應該審視具體情狀，以確定客觀上是否已經出現法益的實害（亦即性發展的負面干擾），抑或者只有出現負面干擾的傾向。

⁶⁰ *Id.* at 199-202.

⁶¹ *Id.* at 215-216.

⁶² *Id.* at 249-252.

⁶³ *Id.* at 202.

⁶⁴ Sick/Renzikowski, in: Schroeder-FS, S. 604.

⁶⁵ Fischer, StGB 66. Aufl., vor § 174 Rn. 5.

這也就表示：

第一、被害人本身是不是已經有性經驗，或者性行為的發生是不是由被害人方面主動等問題，對於構成要件該當來講是無關緊要的⁶⁶。

第二、由於保護的法益是「性發展的不受干擾」，因此本罪在結構上屬於「抽象危險犯」，只要出現構成要件所描述的行為就已經足夠，至於被害人有沒有同意能力、是不是年紀幼小不解行為的意義、是否行為之際仍在熟睡中、甚或其實出現的是儘管有性暗示但卻欠缺干擾兒童性發展危險的情形等，也都不會影響本罪的構成⁶⁷。不過，文獻上也有一部分的不同意見認為，第 176 的第 1、項第 2 項、以及第 4 項第 1、第 2 與 4 款屬於實害犯；第 4 項的第 3 款及第 5 項才是抽象危險犯，因為後面這兩者的規定都已經將可罰的界線前置到性行為發生之前⁶⁸。

第三、由於構成要件的目的在於使兒童的整體發展免於受到過早性經驗的影響，這當然也就表示著德國立法者對此問題的立場：14 歲以下的兒童沒有獨立同意自己性生活的能力。部分文獻見解因此認為，「兒童的性自主」不是本罪要保護的法益；本罪存在的目的是要保護兒童，避免其成為「性他主的」客體⁶⁹。

第二項 德國法上「兩小無猜」性行為的處理方式

於此必須提醒注意的是：雖然德國現行法中並沒有類似我國刑法第 227 之 1 條那種兩小無猜的規定，並且由於德國刑法典第 176 條對於行為主體並沒有做出年齡上的限制，所以未成年人本身也可以是行為人。因此與我國類似的是，同意為性行為的雙方如果都未滿 14 歲，那麼他們同時都可以是加害人與被害人。

其實在 2003 年的修正之前，第 176 條原本有「情節輕微」的減輕規定，這其實與我國刑法的第 227 條之 1 類似；文獻上一般認為，兩個未滿 14 歲的未成年人如果發生性行為，可以被歸類到「情節輕微」的情形。但是在該次修正的時候，這個情節輕微的規定卻被刪除了。

如此修正的原因之一，在於修正之前「情節輕微」的情形可以處五年以下有期徒刑，由於沒有規定起刑的最低門檻，這種刑度在德國刑法典第 12 條的定義之下屬於「輕罪」（*Vergehen*）。不同於「重罪」（*Verbrechen*）的未遂犯必罰，輕罪未遂犯的處罰必須以有明文規定者為限；此外在教唆、幫助的處罰、還有褫奪公權的規定，原則上也僅以重罪為限。

德國立法者認為，將對未成年人性交罪定位為輕罪，有對於被害人保護不周的嫌疑，

⁶⁶ Hörnle, in: LK, 12. Aufl., § 176 Rn. 2; Wolters, in: SK, 9. Aufl., § 176 Rn. 3.

⁶⁷ Wolters, in: SK, 9. Aufl., § 176 Rn. 3.

⁶⁸ Renzikowski, in: MK, 3. Aufl., § 176 Rn. 4 f.

⁶⁹ Wolters, in: SK, 9. Aufl., § 176 Rn. 3.

從而主張對於兒童的性侵害應該改列為重罪⁷⁰，因為對於這種顯然是針對「其人」的犯罪被歸類到「情節輕微」，可能對於被害人造成精神上不小的負擔⁷¹；在法院審理時，也可能不會被嚴肅的看待⁷²。此外在 2003 年修正時，立法者還在第 176 條第 3 項新增了沒有例示但是「情節重大」的規定，將本罪直接劃入重罪（＝最輕本刑一年以上）的範圍。至於何謂「情節重大」，則是委由法官個案判斷。

文獻上認為，上述刪除情節輕微的理由並不具備說服力，因為德國立法者在許多針對高度個人法益的犯罪，例如第 177 條【強制性交罪】、第 213 條【情節輕微殺人罪】、第 224 條【危險傷害罪】與第 234 條【略誘罪】等罪名中，迄今仍然維持情節輕微的規定；此外，如果立法者粗略地僅以 14 歲為界線，一刀兩切式地去劃分成罪的年紀，而不在個案中具體地去區分被害人是不是已經足夠成熟，可以為自己的性行為負責的話，那麼以情節輕微的規定作為刑度向下調整的手段，仍應有其必要性⁷³；少了情節輕微的規定，因此被認為在實體法上無法適當調整刑度來彰顯個案正義⁷⁴。由於實體法上已經沒有情節輕微的規定存在，目前只能以程序規定的方式⁷⁵；具體來說，即以德國的少年法庭法第 45 條【不予追訴】與第 47 條【法官所為之程序停止】的規定來處理⁷⁶。

⁷⁰ BT-Drs. 14/1125, S. 6709.

⁷¹ BT-Drs. 15/350, S. 17

⁷² Wolters, in: SK, 9. Aufl., § 176 Rn. 17.

⁷³ Duttge, Hörnle, Renzikowski, NJW 2004, 1065, 1066.

⁷⁴ Hörnle, in: LK, 12. Aufl., § 176 Rn. 5.

⁷⁵ Hörnle, in: LK, 12. Aufl., § 176 Rn. 5.

⁷⁶ 德國少年法庭法第 45 條【不予追訴】規定：

(1) 檢察官得未經法官之同意，於具備刑事訴訟法第 153 條之情形下，不予追訴。

(2)^{第 1 句}如教育措施已經執行或開始，而檢察官因第 3 項之規定，認為既無法官參與亦無提起公訴之必要時，檢察官得不予追訴。^{第 2 句}少年與被害人為和（調）解所為之努力與教育措施同。

(3)^{第 1 句}被告已自白，檢察官認為雖無提起公訴，但仍有命令此類法律上措施之必要者，得為警告或為第 10 條第 1 項第 3 句第 4、7 及第 9 款之指示或對少年為負擔之建議。^{第 2 句}少年法官同意建議時，於少年履行指示或者負擔後，檢察官應不予追訴。^{第 3 句}第 11 條第 3 項與第 15 條第 3 項第 2 句不適用之。^{第 4 句}第 47 條第 3 項準用之。

同法第 47 條【法官所為之程序停止】規定：

(1)^{第 1 句}訴訟提交於法院時，有下列情形之一者，法官得停止程序：

1. 具備刑事訴訟法第 153 條之要件者，
2. 第 45 條第 2 項教育措施已執行或開始，而無以判決為之之必要者，
3. 法官認為無以判決為之必要，且對於自白之少年已為第 45 條第 3 項第 1 句所稱措施之命令者，
4. 被告因責任能力的欠缺而在刑法上無法負責者。

^{第 2 句}於第 1 句第 2 款與第 3 款之情形，法官得經檢察官之同意暫時停止程序，並命少年於為期最高六個月期間內，履行對其之負擔、指示或教育措施。^{第 3 句}決定應以裁定行之。^{第 4 句}對於裁定不得聲明不服。^{第 5 句}少年履行負擔、指示或教育措施者，法官應停止程序。^{第 6 句}第 11 條第 3 項與第 15 條第 3 項第 2 句不適用之。

(2)^{第 1 句}檢察官就暫時停止程序尚未表示同意者，程序之停止應得檢察官之同意。^{第 2 句}程序停止之裁定，得於主審程序中為之。^{第 3 句}裁定附理由者，不得聲明不服。^{第 4 句}理由之通知有不利的於教育之疑慮者，對於被告不為告知。

(3) 對於同一行為僅得因為新事實或新證據而重新起訴。

德國刑事訴訟法第 153 條【微罪不追訴】規定：

(1)^{第 1 句}當刑事程序以[輕罪]為對象時，若認為行為人罪責輕微且不存在追訴之公共利益時，經管轄開啟審判程序之法院同意，檢察官得不予追訴。^{第 2 句}對於最輕本刑未經提高，且犯罪造成後果輕微之輕罪，

第三項 相關條文釋義

第一款 第 176 條【對兒童的性侵害】

- I. 對於未滿十四歲之人（兒童）實施或任其對已實施性的行為者處六月以上十年以下有期徒刑。
- II. 促使兒童與第三人實施性的行為或促使其任由第三人對之實施性的行為者，亦同。
- III. 情節重大者，處一年以上有期徒刑。
- IV. 有下列情形之一者，處三月以上五年以下有期徒刑：
 - i. 在兒童面前從事性的行為，
 - ii. 促使兒童實施性的行為，若該行為不構成第 1 項或第 2 項，
 - iii. 使用刊物（第 11 條第 3 項）或是使用資訊或通訊科技影響兒童，意圖
 - a. 使兒童對於行為人或第三人實施性的行為，或在其面前實施性的行為，或任由行為人或第三人對其實施性的行為，或
 - b. 違犯第 184b 條第 1 項第 3 款或第 184b 條第 3 項之犯行，或
 - iv. 透過展示色情圖片或描繪、透過播放色情內容之錄音、透過資訊或通訊科技開放色情內容，或透過類似談話以影響兒童。
- V. 意圖犯第 1 項至第 4 項之罪，而提供或允諾介紹兒童，或是與他人約定該犯行者，處三月以上五年以下有期徒刑。
- VI. 未遂犯罰之；但第 4 項第 3 款、第 4 款以及第 5 項之犯行，不適用之。

第一目 第 176 條第 1 項的部分

本條所稱之兒童，並無性別的限制，兒童之前有無性經驗亦在所不問，已如前述。除了 176 條第 4 項第 3 款「使用刊物（第 11 條第 3 項）或是使用資訊或通訊科技影響兒童」的例外情況外，本條所指之性行為（*sexuelle Handlung*）必需是針對特定人或者在特定人面前為之，也就是必需合乎德國刑法典第 184h 條定義的行為，亦即：^{第 1 項}本法所稱性行為，僅限於在個別保護法益之觀點下具有相當重要性者。^{第 2 項}本法所稱於他人面前之性行為，僅限於在他人面前實施，並且該他人亦知悉者。

準此，依照文獻的理解，所謂的性行為係指：依照一般的理解，每一個外在形象指向了與性有關，也就是客觀上顯現出性關連（*objektiv geschlechtsbezogen*）的行為，或者其他在外在形象上可能有不同意義，例如在婦科檢查時、不當身體接觸時、或者體操活動時，意圖引起自己或他人性的刺激或滿足的行為。單純只是使性活動成為可能的行

無須法院同意。

(2) ^{第 1 句}已起訴時，在第 1 項之要件下，經檢察官及被訴人同意，法院得在刑事程序任何階段終止程序。^{第 2 句}審判期日由於第 205 條所述之原因無法進行，或在第 231 條第 2 項及第 232 條及第 233 條情形中，在被訴人缺席情況下進行時，無須被訴人同意。^{第 3 句}裁判以裁定為之。^{第 4 句}對於此裁定，不得聲明不服。

為，例如把衣服撕下來的行為，仍然不足以該當此處性行為的要件，這一類的行為只有在以性刺激為目的的情況下，才可能該當性行為的要件。因此，兒童夏日脫衣戲水，由於不存在與性相關連的因素，也不會是此處所稱的性行為。這種結合客觀與主觀的定義方式，會使得性行為的定義相對寬廣，從而必需受到 184h 第 1 項「保護法益的相當重要性」（Erheblichkeit）的限制。

一個「客觀上具有性關連性的行為」就可能是這裡所稱的性行為，此與行為人主觀上是否理解其性的意義（例如兒童），或者行為人是否有為性行為的意圖沒有必然的關連。不過儘管如此，行為人的故意仍然必需及於性關連的要素。至於被害人本身在行為時是不是瞭解性的意義（例如在熟睡中或者喪失意識），原則上也是無關緊要的。不過立法者認為，此處的性行為不應該包括「使兒童對於自己的身體做出進一步的正面探索」的行為。

「保護法益的相當重要性」的限制要素必需以行為的方式、強度、持續期間為基礎，考慮到行為危險性的程度綜合觀察，對被害的特定法益是不是已經達到一定程度、在社會上無法被接受、已經合於構成要件所指的性行為的意義。如果就本條第 1 項的第 1 種類「對兒童實施」的類型來講，考量的範圍應該及於整體的行為評價、以具體的情狀為基礎，並且不只是以行為的外在展現形式、而是包括到行為的伴隨情狀、行為人的人格特質以及行為人與參與者間相互的關係而定。並非所有碰觸兒童的行為都是性行為，單純對於小孩的親吻當然是不足夠的，但是舌吻或者撫摸胸部，不僅是對於孩童，就算是對於成年人都已經該當於此處性行為的要件；如果是短暫而偶然的碰觸就未必為會超過保護法益相當重要性的門檻。不過也因為第 176 條的目的是在保護兒童性發展不過早的受到不當影響，因此本條的性行為在解釋上，其「保護法益的相當重要性」的門檻會相對的被拉低。部分文獻也認為本罪是己手犯，以行為人親自實施為必要，不過當然不以必需直接碰觸身體為限。

就第 1 項的第二類「任兒童對自己實施性行為」的類型來說，行為的發動者究竟是誰是無關緊要的；不過此處畢竟不是純正不作為犯，因此文獻上認為，單純被動的容忍不會構成本罪。行為人必需在單純的容忍之外，對於兒童的主動行為曾經有過一定程度「言語或非言語上」的增強。

第二目 第 176 條第 2 項的部分

第一點 客觀要件部分

本項的性行為同樣可以分成兩種態樣，即「使兒童對第三人為之」或「使兒童任由第三人對其為之」；此處的第三人也可以是兒童⁷⁷。就第一種行為類型來講，第三人是否同意並不重要，因此在「使兒童對於熟睡中的第三人為之」的情形，同樣會構成本罪⁷⁸。

⁷⁷ BGHSt 45, 42; Renzikowski, in: MK, 3. Aufl., § 176 Rn. 28; Wolters, in: SK, 8. Aufl., § 176 Rn. 8.

⁷⁸ Laufhütte, in: LK, 11. Aufl., 4 zu § 176 aF; Eisele, in: Schönke/Schröder StGB 29. Aufl., § 176 Rn. 7.

「使兒童對第三人為之」的類型所稱的「促使」(bestimmen)，係指行為人必須以會產生心理影響效果的方式，明示或默示地去影響兒童的意願，並且最起碼達到成為兒童做成實施性行為決定的「共同原因」的程度⁷⁹。由於年紀較小的幼童是否具備「做出性行為決定的能力」令人懷疑之故，此時行為人的促使行為只需要達到成為「行為的原因」，亦即幼童是因為行為人的行為而實施性行為的程度即可⁸⁰。不過間接的促使(例如連鎖教唆的情形)是不足夠的，因為「促使」在這裡被認為是一個事實上的作為，間接促使的行為應該適用教唆犯的規定處理⁸¹；同理，一個純正不作為的促使行為在此處也是難以想像的，原則上只有當對於兒童具有保證人地位者，對於第三人的促使行為不予以阻止時，才可能成立不作為的幫助行為⁸²。

在「促使兒童任由第三人對其實施性行為」的類型，只需達到使兒童對於實施於其身上的性行為單純忍受的程度即可，至於兒童本身是否理解性行為的意義，在所不問⁸³。

第二點 主觀要件部分

間接故意的程度就已經足夠；因此行人即便對於兒童的實際年齡不確知，但是如果行為人認為兒童的年紀根本無關緊要，或者就算落在 176 條範圍之內也無所謂的話，就已經可以肯定間接故意的存在⁸⁴。如果行為人錯誤地以為被害人仍然未滿 14 歲，則應依本條第 6 項之未遂罪處斷⁸⁵。

第三目 第 176 條第 3 項的部分

根據修正草案的例示，本項所稱「情節嚴重」應考慮到：行為的頻率及強度；可以為行為人所預見的、但是還未達第 176a 條第 2 項第 3 款程度的被害人之心理創傷；與性交近似的活動，例如股交或者高強度的自慰等⁸⁶。

第四目 第 176 條第 4 項的部分

第 176 第 4 項為對兒童性侵害罪的較輕型態，計有 1-4 款，以下將分目介紹之。

第一點 第 1 款

在兒童面前從事性行為。

⁷⁹ BGHSt 9, 113; NJW 85, 924.

⁸⁰ BGHSt 41, 425; Frühsorger, Der Straftatbestand des sexuellen Kindesmissbrauchs gemäß § 176 StGB, S. 82 f.; Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten, S. 452; Bezzak, Grundlagen und Probleme des Straftatbestandes des sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176 StGB, S. 187 f.

⁸¹ Frommel, in: NK, 5. Aufl., § 176 Rn. 15; Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten, S. 453, Renzikowski, in: MK, 3. Aufl., § 176 Rn. 56; Wolters, in: SK, 8. Aufl., § 176 Rn. 10; Fischer, StGB, 66. Aufl., § 176 Rn. 7; Hörmle, in: LK, 12. Aufl., § 176 Rn. 16.

⁸² BGHSt 41, 246; Wolters, in: SK, 8. Aufl., § 176 Rn. 11.

⁸³ Eisele, in: Schönke/Schröder StGB 29. Aufl., § 176 Rn. 9.

⁸⁴ Eisele, in: Schönke/Schröder StGB 29. Aufl., § 176 Rn. 10.

⁸⁵ BGH NSTZ 06, 406; Eisele, in: Schönke/Schröder StGB 29. Aufl., § 176 Rn. 10.

⁸⁶ BT-Drs. 15/530, 17.

第一款的成立不以空間上確實在兒童面前為性行為為必要，也不以兒童瞭解性行為的意義為必要，透過網路播放性行為的影片，使兒童感官上能夠接觸到內容，就已經足夠⁸⁷。不過行為人本身當然必須瞭解這種性行為外顯的聲光影響的意義⁸⁸。

必須提醒注意的是，本款並不包括行為人在兒童面前單純不作為而忍受第三人對自己為性行為的情形⁸⁹。

第二點 第 2 款

促使兒童實施性行為，若該行為不構成第 1 項或第 2 項。

第二款所指的性行為是指第 1 項或第 2 項以外的、具有性暗示行為或者姿勢擺放，這裡並不如同第 184b 條第 1 項第 b 或 c 款的規定，以裸露或部分裸露身體的部位為必要，只要是猥褻（*obszön*）的方式擺放張開雙腿的姿勢⁹⁰或者促使兒童猥褻地裸露上半身⁹¹都可能包括在內。與第 1 項相同的是，兒童同樣不需要理解行為所帶有的性意義，不過如果行為在客觀上不具「性的關連性」而只是行為人於內心將之與性的特徵相連結（例如令兒童脫衣洗澡），則仍然是不足夠的⁹²。

本款也不以行為人或第三人與兒童之間有直接的身體接觸為必要，立法者本來就是希望藉由本款的規定，將一切與兒童在空間上具有距離的行為，例如透過電話、網路、圖片展示而促使兒童為性行為的態樣一網打盡⁹³。當然，為了避免過度入罪，一定程度上以社會相當性作為限縮的標準仍然是有必要的⁹⁴。

第三點 第 3 款

使用刊物（第 11 條第 3 項）或是使用資訊或通訊科技影響兒童意圖 a) 使兒童對於行為人或第三人實施性行為，或在其面前實施性行為，或任由行為人或第三人對其實施性行為，或 b) 違犯第 184b 條第 1 項第 3 項之犯行。

透過第 49 次刑法修正法，立法者想要藉由本款去處罰對於兒童的網路誘姦行為（*Cyber-Grooming*）⁹⁵，不過在立法上啟人疑竇的，當然是為何只針對兒童性侵害有此類型的規定，對於其他更重的犯罪，例如謀殺等，卻沒有類似的規定。

1. 行為工具

第三款要求特定列舉的行為工具，包括：刊物、資訊或通訊科技；根據第 11 條第 3 項，錄音機、錄影機、資料儲存器或其他類此物品例如電腦硬碟、CD、DVD、USB 隨

⁸⁷ BGH NJW 09, 1892; Renzikowski, in: MK, 3. Aufl., § 176 Rn. 33; Hörnle, in: LK, 12. Aufl., § 184f. Rn. 14.

⁸⁸ Eisele, in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl., § 176 Rn. 12.

⁸⁹ BGH NSTZ 10, 33, Renzikowski, in: MK, 3. Aufl., § 176 Rn. 31.

⁹⁰ BGH 43 368.

⁹¹ BGH NSTZ 85, 24; Fischer, StGB, 66. Aufl., § 176 Rn. 10, Hörnle, in: LK, 12. Aufl., § 176 Rn. 81.

⁹² Fischer, StGB, 66. Aufl., § 176 Rn. 11; Eisele, in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl., § 176 Rn. 13a.

⁹³ BT-Drs. 13/9064 S. 10 f.; BT-Drs. 16/3439 S. 13; 16/9646 S. 35 f.

⁹⁴ Fischer, StGB, 66. Aufl., § 176 Rn. 12.

⁹⁵ Eisele, Heinz-FS, S. 697 ff.; BT-Drs. 15/350 S. 17.

身碟等，與刊物同；以電子郵件、通訊軟體行動電話簡訊等方式去影響兒童者，亦同⁹⁶。如果是網路電話或者即時串流（Live-Streaming）則因為資料不曾儲存在相關儲存設備中，雖然因此不會該當於資料儲存器的概念，但仍會合於「資訊或通訊科技」的要件⁹⁷。不同於本條第4款，部分文獻認為，本款的刊物既不需要有情色內容也不需要性關連的特性，它只需要能夠達到誘騙或者誤導兒童去為性行為的程度即可，贈送漫畫、有聲書都可能落在本款的範圍之內，重點只是在於「誘騙或誤導」。不過如此解釋會導致一種奇怪的結論，亦即用刊物或3C產品誘導兒童才會構成本款，但是以糖果餅乾或者普通的玩具來誘導卻不構成本款之罪。因此文獻上認為此處的「誘騙或誤導效果」應該限於「因為刊物的幫助」而導致誘導效果的情形，單純的將刊物當成禮物贈與並不足夠⁹⁸。

2. 影響（Einwirken）

行為人必須對於特定的兒童有所影響，行為人與被害人之間單純的碰面並不代表當然就有影響⁹⁹。一定程度的影響效果是必須的，例如重複地要求、說服、許諾利益、喚起兒童的好奇、利用自己的權勢或優越地位、使用詐術或威嚇等方式始足當之¹⁰⁰。

3. 主觀要件

第三款的a)類型要求行為人必須具備使兒童實施性行為的意圖，這表示使兒童實施性行為必須是行為人的目的，並且兒童實施性行為的結果與行為人的行為之間，在因果上需有一定程度上可以檢驗的可能性¹⁰¹。根據立法理由的說明，立法者認為行為人必須在性行為之外還必須因此獲有其他的利益¹⁰²。文獻上認為立法者何以做出如此的表示並不清楚，如何具體的判斷性行為以外的其他利益也沒有標準可循，因此結論上似乎還是只能回溯到「相當重要性」（Erheblichkeit）的要素來處理¹⁰³。

至於第三款b)類型則是要求行為人必須具備第184b條第1項第3款「製作表達真實事件之兒童色情刊物」或者同條第3項「著手取得重現真實或接近真實事件之兒童色情刊物，或是持有此類刊物」的意圖，才會構成本罪。此處的意圖必須達到第一級故意的程度¹⁰⁴。從保護法益的觀點來講，此處的意圖應該不屬於限縮處罰的意圖，而是以類似不完全雙行為犯的方式，去擴張處罰的範圍，可罰的起點因此是被提前的、而不是被限縮的。

第四點 第4款

⁹⁶ Eisele, in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl., § 176 Rn. 14a.

⁹⁷ BT-Drs. 18/2601 S. 28.

⁹⁸ Hörnle, in: LK, 12. Aufl., § 176 Rn. 89; vgl. ferner M/R-Eschelbach, § 176 Rn. 21; Wolters, in: SK, 8. Aufl., § 176 Rn. 37.

⁹⁹ Eisele, Computer- und Medienstrafrecht, 7/4.

¹⁰⁰ BGHSt 45, 161, NJW 1985, 924, Eisele, Heinz-FS, S. 704f.; M/R-Eschelbach, § 176 Rn. 21; Renzikowski, in: MK, 3. Aufl., § 176 Rn. 38

¹⁰¹ Renzikowski, in: MK, 3. Aufl., § 176 Rn. 48.

¹⁰² BT-Drs. 15/350 S. 18.

¹⁰³ Eisele, in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl., § 176 Rn. 14e.

¹⁰⁴ Art. 6 II der Richtlinie 2011/93/EU.

透過展示色情圖片或描繪、透過播放色情內容之錄音、透過資訊或通訊科技開放色情內容，或透過類似談話以影響兒童的行為。具體而言，應該受到處罰的型態包括：

1. 客觀要件

所謂「展示色情圖片或描繪」係指使圖片或描繪處於視覺可見的狀態之下，因此被展示的圖片或者描繪必須有一個實體存在，因此如果是以科技設備展示，那就不會屬於這一種展示的類型¹⁰⁵，而會歸類到「透過資訊或通訊科技開放色情內容」的行為態樣裡去。所謂的展示因此也不包括只給予若干訊息，由兒童自己去找尋出來的情形。

所稱「播放」是指將錄音內容置於兒童得以聽到的狀態。由於第 49 次刑法修正案已經將「訊息與溝通技術置於可得接觸的狀態」列入處罰範圍，因此如果是透過網路播放的話，那麼只有在具有實體錄音（機）的情況下，才可能該當播放的行為態樣，否則仍然應該屬於「透過資訊或通訊科技開放色情內容」的行為類型¹⁰⁶。最後，類似談話也已經被立法者列入處罰範圍了。

2. 主觀要件

本款在主觀要件上只要求達到間接故意的水準即可，立法者認為既然在 176a 條第 3 項已經設定了意圖的要素（詳見以下 176a 條的註釋部分），於本款自無必要再另外設定一個不法意圖的要求¹⁰⁷。不過文獻上認為，性行為的概念，特別是針對「保護法益相當重要性」這個要素來講，有必要考量的除了社會相當性之外，還應該包括行為人的動機；在不去考量行為人具體的動機的情況下，就可以直接肯定行為已經逾越「保護法益相當重要性門檻」的情形，毋寧是相對少數且例外的¹⁰⁸。

第五目 第 176 條第 5 項的部分

第一點 客觀要件

本項處罰意圖犯本條 1 到 4 項之罪，而提供或允諾介紹兒童，或與他人約定該犯行之行為。立法者不要求行為人必須客觀上已經著手於本條 1 到 4 項之犯行，只需要有違犯本條 1 到 4 項之罪的意圖，而提供兒童或允諾介紹兒童，或者與他人有所約定，即可構成犯罪，體系上算對於本條 1 到 4 項之罪處罰的前置，其處罰的範圍已經達於預備的階段。因為立法者認為在「提供」（Anbieten）與「約定」（Verabredung）的類型如果不加以處罰的話，則會因為刑法第 30 條只處罰重罪（最輕本刑一年以上之罪）教唆犯的關係，而形成難以容忍的處罰漏洞¹⁰⁹。

本項所稱提供，係指行為人向他人表示，自己有此意願或能力提出具體的兒童以犯

¹⁰⁵ Hörnle, in: LK, 12. Aufl., § 176 Rn. 88; Wolters, in: SK, 8. Aufl., § 176 Rn. 31.

¹⁰⁶ Eisele, in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl., § 176 Rn. 16a.

¹⁰⁷ BT-Drs. 13/9064 S. 11.

¹⁰⁸ Bussmann, StV 99, 619, Renzikowski, NStZ 99, 441; Wolters, in: SK, 8. Aufl., § 176 Rn. 25, 40.

¹⁰⁹ BT-Drs. 15/350 S. 18.

本條第 1 到 4 項之罪之用¹¹⁰。此項意思表示究竟係明示、默示、口頭或書面均無關緊要¹¹¹。此處所指的「提供」不必一定要依照民法上的要約或承諾來理解，即便是要約之引誘，只要是涉及到具體的兒童的話，同樣可以構成本罪¹¹²，並且哪一方才是先做出要約的人也不重要¹¹³。兒童的身分不需要能夠被辨識，提供的內容也不需要對於性行為的形式做出具體的描述，一般性地指向本條 1 到 4 項的行為就已經足夠¹¹⁴。如果兒童已經處於接受意思表示者的支配之下，也可以構成本罪¹¹⁵。提供不需要有相對人的具體承諾，僅僅是在網路上發出訊息能夠為他人所認識，就已經足夠，這是立法者明示，要迴避證明困難的處理方式¹¹⁶。

所稱「允諾介紹」（*versprechen nachzuweisen*）係指，行為人向外表示自己有此意願或能夠透過自己或第三人，為了違犯本條第 1 到 4 項的行為而與兒童進行接觸¹¹⁷。不過如果只是許諾介紹中間人（即：所謂的連鎖仲介）仍然是不夠的，因為此時被允諾的只是一個中間人，還不存在一個作為允諾客體的兒童¹¹⁸。允諾介紹不同於提供，必須要有一個承諾的對象，僅僅是單方面的意思表示是不夠的。文獻上有將「提供」和「允諾介紹」的區別重點放在：前者的行為人必須傳達出「事實上可以支配兒童以供違犯前開犯罪之用」的意思；而後者的重點則在於傳達「自己可以建立這種支配」的意思：允諾的時候，也不需要達到能夠具體辨識兒童身分的程度，但是不論如何行為人必須認真地展現出允諾的意思。

所稱「約定」，其內容不需要達到具體要違犯本條第 1 到 4 項中哪一項的程度，一個概括含括第 1 到 4 項內容的合意就已經足夠¹¹⁹。

第二點 主觀要件

以間接故意為已足。

第六目 第 176 條第 6 項的部分

未遂犯罰之，但第 4 項第 3 款、第 4 款與第 5 項之犯行不適用之。

第二款 第 176a 條【加重對兒童之性侵害罪】

- I. 對兒童犯第 176 條第 1 項與第 2 項之性侵害罪，行為人若於過去五年內曾因此等犯行判決有罪確定，處一年以上有期徒刑。
- II. 對兒童犯第 176 條第 1 項與第 2 項之性侵害罪，而有下列情形之一者，處二

¹¹⁰ Fischer, StGB, 66. Aufl., § 176 Rn. 22; Renzikowski, in: MK, 3. Aufl., § 176 Rn. 50.

¹¹¹ Hörnle, in: LK, 12. Aufl., § 176 Rn. 102.

¹¹² Eisele, in: Schönke/Schröder StGB 29. Aufl., § 176 Rn. 20.

¹¹³ Wolters, in: SK, 8. Aufl., § 176 Rn. 48.

¹¹⁴ BT-Drs. 15/29 S. 10, Fischer, StGB, 66. Aufl., § 176 Rn. 23; Renzikowski, in: MK, 3. Aufl., § 176 Rn. 50.

¹¹⁵ Fischer, StGB, 66. Aufl., § 176 Rn. 22.

¹¹⁶ BT-Drs. 15/29 S. 10.

¹¹⁷ BT-Drs. 15/350 S. 18, Renzikowski, in: MK, 3. Aufl., § 176 Rn. 51.

¹¹⁸ Bezjak, Grundlagen und Probleme des Straftatbestandes des sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176 StGB, S. 295; Fischer, StGB, 66. Aufl., § 176 Rn. 27; Hörnle, in: LK, 12. Aufl., § 176 Rn. 105.

¹¹⁹ Eisele, in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl., § 176 Rn. 22.

年以上有期徒刑：

- i. 十八歲以上之人對兒童實施或任其對已實施性交或類似之侵入身體的性的行為，
 - ii. 數人共同違犯，或
 - iii. 行為人透過犯行致使兒童陷入重傷危險或是身體或心理健康發展上重大損害之危險。
- III. 於第 176 條第 1 項至第 3 項、第 4 項第 1 款或第 2 款或第 176 條第 6 項之情形，正犯或其他參與者，係意圖將犯行製作成色情刊物（第 11 條第 3 項）並依第 184b 條第 1 項或第 2 項之方式散布者，處二年以上有期徒刑。
- IV. 犯第 1 項之罪，情節輕微者，處三月以上五年以下有期徒刑。犯第 2 項之罪，情節輕微者，處一年以上十年以下有期徒刑。
- V. 犯第 176 條第 1 項至第 3 項之罪，於行為時嚴重虐待兒童身體，或因而致生兒童生命之危險者，處五年以上有期徒刑。
- VI. 行為人因官方命令被拘禁於收容機構期間，不算入第 1 項所稱之期間。於外國判決有罪之犯行，若亦構成德國刑法第 176 條第 1 項或第 2 項之罪，於第 1 項等同於國內判決有罪之犯行。

第一目 第 176a 條第 1 項的部分

本項處罰行為人曾受有罪判決而反覆實施之行為，這種加重方式在文獻上往往被批評與罪責原則未盡相符¹²⁰。此外，既曰「因此等犯行」則表示之前需受第 176 條第 1 項或第 2 項之有罪判決確定。

第二目 第 176a 條第 2 項的部分

第一點 第 1 款

行為人必須是 18 歲以上之人，實施性交或類似之侵入身體的性行為，因此如果行為人也是未滿 18 歲之人，則不會有此加重規定的適用。但是如果實施性行為的對象是第三人，而該第三人為 18 歲以上者，則不問促使未成年人為性行為之人是否為 18 歲以上，該第三人都會構成本款的加重事由¹²¹。

所謂與性交類似之侵入身體的性行為，包括對於口腔、陰部或肛門的入侵，並且不以入侵者為被害人的身體器官為限，使被害人入侵行為人或第三人身體者，亦包括之¹²²。以器物侵入身體開口的行為也包括在本款的範圍之內¹²³。不過文獻上亦有認為與性交類似的行為並不當然等於侵入性的行為，而侵入性的行為也不當然以性交為前提條件，

¹²⁰ Eisele, in: Schönke/Schröder, § 176a Rn. 3; Renzikowski, in: MK § 176a Rn. 13; Wolter, in: SK § 176a Rn. 4

¹²¹ NSTZ 05, 152, 153.

¹²² BGH 45, 131 [m. Anm. Hörnle, NSTZ 00, 310; Bauer, StraFo 00, 196]; 2 StR 80/01.

¹²³ NJW 00, 672; Wolters/Horn, in: SK § 176a Rn. 19; Eisele, in: Schönke/Schröder, § 176a Rn. 9; Fischer, StGB 66. Aufl., § 176a Rn. 9.

此處仍然應該著重於前述的「保護法益的相當重要性」之上。例如德國實務就認為舌吻並不算是此處的侵入行為¹²⁴，但是向嘴裡射精卻可以是類似侵入的行為¹²⁵。

第二點 第 2 款

本款所稱數人係指兩人以上，但是本罪並非親手犯，數人中的其中一人可以是第 176 條第 1 項對於兒童實施或者任其對自己實施性行為的行為人，另外一人可以是第 176 條第 2 項促成上開行為的行為人¹²⁶。

第三點 第 3 款

本款所稱之重傷危險，與第 177 條第 7 項第 3 款所稱之「陷入健康嚴重損害之危險」基本上是相同的概念，都要求行為人必須將被害人置於嚴重身體損害的具體危險情況中¹²⁷。

至於所稱「身體或心理健康發展上重大損害之危險」則是指被害人精神、心理成熟的過程受到長期或者持續性的干擾¹²⁸。只要對於社會、道德與心理的自我探詢達到產生嚴重影響，而達到被害人在社會行為、社交能力或者在學校或職業方面受到嚴重干擾、產現出墮落的程度，就已經足夠¹²⁹。同樣地，行為不需要達到具體為實害結果已經發生的程度，只要達於具體危險的程度就已經足夠¹³⁰。

第三目 第 176a 條第 4 項的部分

本項所稱情節輕微，在前段的情形，指的是犯本條第 1 項之罪的情節輕微，而不是指行為人在本條第 1 項之前五年內所違犯的第 176 條第 1 項與第 2 項的前行為¹³¹。

在本項後段犯本條第 2 項之罪的情形，情節是否輕微的判斷，並不受限於第 2 項 1 到 3 款的類型區別。可以列入考慮的情形例如：行為是由被害人主動發動、被害人之前已經有過性經驗且快要達到法定年齡的要求¹³²；行為人與被害人之間有愛情基礎、或者在「保護法益的相當重要性」的議題上無法預見明顯重大的影響等情形¹³³。

第四目 第 176a 條第 5 項的部分

本項為行為加重及結果加重的規定，要求犯本條第 1 到 3 項之罪而有嚴重虐待兒童身體的行為，或因而致生兒童生命危險的具體結果；如果個案中出現本項的情形，即會發生排斥前項情節輕微條款適用的效果¹³⁴。

¹²⁴ BGH 56, 223 = NJW 11, 3111.

¹²⁵ BGH 53, 118.

¹²⁶ BGH 41, 246;

¹²⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, § 177 Rn. 114; Fischer, StGB 66. Aufl., § 176a Rn. 10.

¹²⁸ NStZ 82, 328.

¹²⁹ Fischer, StGB 66. Aufl., § 176a Rn. 11.

¹³⁰ Fischer, StGB 66. Aufl., § 176a Rn. 12.

¹³¹ Fischer, StGB 66. Aufl., § 176a Rn. 13.

¹³² NStZ-RR 09, 307.

¹³³ NStZ-RR 13, 291.

¹³⁴ BT-Drs. 13/8587, 80.

就嚴重虐待兒童身體的行為來講，必須達到與本條第 2 項第 3 款「使兒童陷入重傷危險」的行為程度相當，但卻不需要達到德國刑法典第 226 條重傷害的水準¹³⁵。儘管虐待行為的重大程度（*Erheblichkeit*）可以是判斷的客觀指標之一，但是「對於健康損害的重大程度」本身卻不是一個判斷是否屬於虐待行為的有效標準，因為嚴重健康損害的結果未必一定會是嚴重的虐待行為所導致的，虐待行為也可以沒有產生重大的健康損害¹³⁶。

因而致生兒童生命危險的要素則是典型的結果加重犯，如果性行為本身就帶有典型的危險，例如可能導致對於孕婦的生命危險或者自殺的風險等情形¹³⁷。

第五目 第 176a 條第 3 項與第 6 項的部分

本條第 3 項主要是針對以出版色情刊物的意圖為之，並且加以散布而處罰的規定；第 6 項則是關於計算第 1 項期間以及外國裁判的規定，因與未成年人合意性交的研究主題不甚相關，故僅羅列條文供參考。

第三款 第 176b 條【性侵兒童致死罪】

對兒童為性侵害（第 176 條與第 176a 條）因重大過失致兒童死亡者，處無期徒刑或十年以上之有期徒刑。

本條為典型的結果加重犯，要求致被害人於死的加重結果。比較特殊的是在主觀要件上立法者要求行為人必須達到「輕率/重大過失」的程度。所以如果只是因為普通過失而導致加重結果的發生，仍然不會構成本罪。加重結果的發生，當然也必須是因為行為的典型風險所導致¹³⁸。

第四款 第 180 條【促使未成年人為性行為罪】

- I. 以下列方式支持未滿十六歲之人對第三人或是在第三人面前之性行為，或是第三人對於未滿十六歲之人之性行為者，處三年以下有期徒刑或罰金：
 - i. 媒介促成，或
 - ii. 提供或製造機會者。

第 1 句第 2 款不適用於監護權人之行為，除非監護人以此助長嚴重侵害其教育義務。

- II. 促使未滿十八歲之人有償的對第三人或在第三人面前實施性行為，或任由第三人對其實施性行為，或是透過其媒介來助長此等行為者，處五年以下有期徒刑。
- III. 對於未滿十八歲因教育、培訓或生活照護而託管於己或在職務或工作關係中隸

¹³⁵ NStZ 98, 461; Renzikowski, in: MK § 176a Rn. 34; ders., NStZ 99, 383.

¹³⁶ NJW 00, 3655; Eisele, in: Schönke/Schröder, § 176a Rn. 14; Fischer, StGB 66. Aufl., § 176a Rn. 19; Anm. Kudlich, JR 01, 379.

¹³⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, § 176a Rn. 15; Fischer, StGB 66. Aufl., § 176a Rn. 20.

¹³⁸ Eisele, in: Schönke/Schröder, § 176b Rn. 2; Fischer, StGB 66. Aufl., § 176b Rn. 3; Renzikowski, in: MK § 176b Rn. 7.

屬於自己之人，濫用與教育、培訓、照護、職務或工作關係相結合之依賴性，實施性行為，或在第三人面前實施性行為或任由第三人對之實施性行為者，處五年以下有期徒刑或罰金。

IV. 第 2 項及第 3 項之未遂犯罰之。

第一目 保護法益與適用範圍概述

第 180 條的保護法益是「兒童以上、成年以下」的未成年人的性自主權。文獻上認為，這個階段的未成年人（即 16 歲到 18 歲之間）通常無法正確認知性行為的意義及其影響範圍，而這一類在人格發展中所帶來的危險，正是立法者所要避免的¹³⁹。

本條在規範結構上，一方面以年紀作為區分：亦即處罰對於未滿 16 歲與第三人之間為性行為的促進行為（第 1 項）；對於 16 歲以上未滿 18 歲之人的保護，除了以第 182 條（說明請見以下 2.5 的部分）加以規範之外，在本條第 2 項只會因為商業性的性行為、第 3 項則會因為行為人與被害人之間的特殊監督關係而受到處罰。另一方面，本條也依照不同的危險類型，分別以第 1 到第 3 項的規定加以分類¹⁴⁰。

第二目 第 180 條第 1 項的部分

必須提醒注意的是，本項處罰的是「促進行為」而不是「合意性交」的行為。因此一方面來講，本項的規定並無法適用於第三人在未成年人面前所為性行為¹⁴¹；他方面立法者對於本條的行為主體並沒有做出年齡的限制，因此即便是未成年人有「促進其他未成年人與第三人有性接觸」的行為，亦會該當本項之罪。

第一點 第 1 款

所謂「媒介促成」（*Vermitteln*）係指「製造未成年人與他人私人的接觸」，但並不以未成人當時已經有為性行為的決意為必要¹⁴²；但是「僅僅促使未成年人去尋找性交對象」的行為，例如告知妓院的地址、告知未成年人哪條街可以當阻街女郎等，仍然不足以該當本款。

第二點 第 2 款

所謂「提供或製造機會」（*Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit*）以行為人創造出一個「使性行為的實施成為可能，或者極度容易」的外在情狀為必要；此款的情形要求未成年人已經做好為性行為的準備。所稱「提供或製造機會」，例如供給為性行為的空間或場所等¹⁴³。換言之，行為人必須創造出有利於性行為實施的條件，概念上近似於一種幫助行為¹⁴⁴。通說見解認為，促成行為的既遂並不以客觀上確實發生性行為

¹³⁹ Fischer, StGB 66. Aufl., § 180 Rn. 2.

¹⁴⁰ Fischer, StGB 66. Aufl., § 180 Rn. 2a, 24; Renzikowski, in: MK § 180 Rn. 6 f.

¹⁴¹ Fischer, StGB 66. Aufl., § 180 Rn. 3.

¹⁴² BGH 10, 386.

¹⁴³ NJW 59, 1284; Fischer, StGB 66. Aufl., § 180 Rn. 5.

¹⁴⁴ Eisele, in: Schönke/Schröder, § 180 Rn. 6.

為必要，只要行為達到創造出具體危險的程度就已經足夠¹⁴⁵。此外，本款亦可能以不作為犯的形式違犯，只要行為人對於被害人具有保護、教養、照顧等義務存在的話¹⁴⁶。

本項第2句，增加「監護人助長嚴重侵害其教育義務」作為適用第2款的限制。這個適用限制不僅及於正犯、也包括幫助犯的情形。德國立法者設立這個條件的基本想法是：在若干教育的緊急狀態（in Fällen des pädagogischen Notstands）監護人在面對複雜的教育問題時，法律應該提供監護人另外一個不會增加衝突情況的替代選擇（例如允許未成年人與其性伴侶在家中過夜）。監護人在性教育的問題上，也應具一定程度的決策形成空間，使其有意義地具備照管未成年人性活動的可能性¹⁴⁷。因此監護人只有在嚴重違反其教育義務的時候才有構成第1項第2款的可能。

一般來講，下列情形會被認為屬於監護人「嚴重違反其教育義務」，例如支持應受處罰的性行為、允許14歲以下的兒童為性行為、支持年齡差距過大的性伴侶與未成年人為性行為、提供處所供未成年人從事賣淫或拍攝色情刊物、影片等¹⁴⁸。

第三目 第180條第2項的部分

本項處罰以有償的方式促使未滿18歲之未成年人為性行為的行為。立法的動機在於避免未成年人淪為性交易的被害人。本項可以區別成兩種行為型態：

第一點 促成有償的性行為

此類行為態樣以行為人「成功地以有償的方式，促使未成年人『決定』（bestimmen）與第三人或在第三人面前為性行為，或者任由第三人對未成年人為性行為」為必要¹⁴⁹；亦即必須「基於一個為了性行為而存在『對待給付』的合意」而為¹⁵⁰。單純提供經濟來源或者禮品，而使得未成年人有此為性行為的「傾向」是不足夠的，仍然應該取決於第三人與被害人之間的具體合意；提供經濟來源或禮物起碼必須達到「共同成因的動機（mitbestimmendes Motiv）」的程度¹⁵¹。毒品可以是對待給付的一種；對待給付的來源不一定要直接來自於行為人¹⁵²。

第二點 媒介促成（Vorschub leisten durch Vermittlung）

此類行為態樣中，行為人必須透過媒介而促進/助長有償的性行為。通說見解認為，此種類型的處罰以確實因為媒介促成而導致性行為的發生為必要¹⁵³。犯罪政策上來講，

¹⁴⁵ BGH 1, 115; 10, 386 zu § 180 aF; Wolters, in: SK § 180 Rn. 5; Fischer, StGB 66. Aufl., § 180 Rn. 7.

¹⁴⁶ Renzikowski, in: MK § 180 Rn. 34 f.

¹⁴⁷ Fischer, StGB 66. Aufl., § 180 Rn. 10; Renzikowski, in: MK § 180 Rn. 39.

¹⁴⁸ Fischer, StGB 66. Aufl., § 180 Rn. 12.

¹⁴⁹ StV 96, 664.

¹⁵⁰ NSTZ 95, 540.

¹⁵¹ Eisele, in: Schönke/Schröder, § 180 Rn. 24; Renzikowski, in: MK § 180 Rn. 52.

¹⁵² Hörnle, in: LK 12. Aufl., § 180 Rn. 46; Wolters, in: SK § 180 Rn. 28 f.

¹⁵³ NJW 97, 3345ö NSTZ-RR/P 01, 362 Nr. 47; Hörnle, in: LK 12. Aufl., § 180 Rn. 54; Eisele, in: Schönke/Schröder, § 180 Rn. 25; Renzikowski, in: MK § 180 Rn. 58.

有疑慮的是，如果「促使未成年人有償地從事性行為」是可罰的話，那麼為什麼促使 14 歲以上未滿 16 歲的兒童有償地從事性行為卻沒有處罰的規定¹⁵⁴。

第四目 第 180 條第 3 項的部分

本項主要處罰濫用依賴關係（*Missbrauch von Abhängigkeitsverhältnissen*）而與未滿十八歲之未成年人實施性行為的行為。行為人必須利用依賴關係對於被害人實施性行為，或使被害人在第三人面前實施性行為或任由第三人對被害人實施性行為；任何一種形式的觸發（*Veranlassung*）都可以滿足本項的規定，就算最終沒有達到實施性行為的結果，也因為本條 4 項罰及未遂的關係，行為人仍難脫免刑事責任。此外，實施行為必須是濫用依賴關係，因此依賴關係與實施結果之間必須要有因果性，這種因果性一般來說會受到肯定，如果行為人利用自己與被害人之間的依賴關係的話¹⁵⁵。

第五目 第 180 條第 4 項的部分

處罰前二項的未遂行為。

第五款 第 182 條【對青少年的性侵害罪】

- I. 對於未滿十八歲之人，利用其強制狀態，以下列方式侵犯者，處五年以下有期徒刑或罰金：
 - i. 對其實施或使其對己實施性行為，或
 - ii. 促使其對第三人或任由第三人對之實施性行為。
- II. 逾十八歲之人，有償的對未滿十八歲之人實施，或任其對己實施性行為者，亦同。
- III. 逾二十一歲之人，實行下列行為之一，並因此利用被害人與己相對欠缺之性自主決定能力者，處三年以下有期徒刑或罰金。
 - i. 對於未滿十六歲之人實施或任其對自己實施性行為，或
 - ii. 促使未滿十六歲之人對第三人實施或任由第三人對其實施性行為。
- IV. 未遂犯罰之。
- V. 第 3 項之情形，僅於受告訴時始追訴犯行，除非刑事追訴機關基於刑事訴訟之特殊公共利益認為有必要依職權介入。
- VI. 第 1 項至第 3 項之情形，斟酌犯行所針對之人的行為，犯行之不法係屬輕微時，法院得依本規定免除其刑。

第一目 保護法益與制裁結構

¹⁵⁴ Fischer, StGB 66. Aufl., § 180 Rn. 16; Schroeder, ZRP 92, 296; Eisele, in: Schönke/Schröder, § 180 Rn. 1.

¹⁵⁵ Fischer, StGB 66. Aufl., § 180 Rn. 18 f.

通說見解認為，第 182 條保護的是青少年的性自主，至於「性發展不受干擾」則不是獨立的保護法益¹⁵⁶；這種不受干擾的利益，毋寧只是「青少年自我負責性認同發展保護的具體化」（Konkretisierung des Schutzes der Entwicklung einer eigenverantwortlichen sexuellen Identität junger Menschen）。

必須提醒注意的是，本條在年齡與情狀的設定略顯複雜。透過 2008 年 10 月 31 日的修正案，本條第 1 項與第 2 項保護的年紀由原本舊法的未滿 16 歲提升到如今的未滿 18 歲，舊法時期第 1 項原本對於行為人必須在 18 歲以上的要求已經被刪除。如此修正的理由，在於落實 2003 年 12 月 22 日歐盟委員會「對抗兒童情色與性剝削」的框架決定（ABl. L 13 v. 20.1.2004）。框架決定的第 1 條字母 a 遵循 1989 年聯合國兒童人權公約的立場，採取廣義的兒童概念，也就是任何未滿 18 歲的人都屬於兒童。德國立法者選擇部分落實框架決定的要求，將本條第 1 項與第 2 項的被害人年紀提升到 18 歲；但是在第 3 項的情形仍然保留了行為人必須超過 21 歲的規定，這導致了在一個條文中因為不同年齡與情狀的複雜結構，再加上第 4 項引入未遂的處罰規定，使得一般人難以理解處罰的精準範圍究竟如何¹⁵⁷。

第二目 第 182 條第 1 項的部分

本項要求被害人的年紀為未滿 18 歲之人，並且不管是在本項第 1 款「對其實施或使其對己實施性行為」或者是第 2 款「促使其對第三人或任由第三人對之實施性行為」的情形，行為人都必須利用被害人的「強制狀態」，因此嚴格說起來，此處的規範結構與我國刑法第 227 條或第 227 之 1 條處罰「單純合意性交」的情形不盡相同。此外，本項的第 1 款性質上為親手犯，第 2 款則否。

所稱利用「強制狀態」指的，不僅僅是「經濟上」的急迫或困境，個人主觀的困境或者心理上的影響，亦即那些足以導致被害人降低反抗程度的危險情狀，都可以包括在內¹⁵⁸。典型的例子如：毒品成癮、逃家或者無家可歸¹⁵⁹。至於此種強制狀況是不是行為人所造成的、對於被害人是不是已經造成生存上的威脅、造成此種狀況的原因是一時的或是持續的，皆非所問¹⁶⁰。重點只是在於行為人與被害人之間的實力落差，以及行為人利用此種實力落差的狀態，使得被害人在決定是否為性行為的時候，其可能性受到一定程度的限制。如果只是創造出影響被害人性行為的動機，或者使其一般性的更容易同意性行為的決定¹⁶¹，是不夠的。

¹⁵⁶ Hörnle, in: LK 12. Aufl., § 182 Rn. 2; Eisele, in: Schönke/Schröder, § 182 Rn. 2; Fischer, StGB 66. Aufl., § 182 Rn. 2; Renzikowski, in: MK § 182 Rn. 1; Wolters, in: SK § 182 Rn. 2.

¹⁵⁷ Fischer, StGB 66. Aufl., § 182 Rn. 3a.

¹⁵⁸ BGH 42, 399; NStZ-RR 08, 238.

¹⁵⁹ Schroeder NJW 94, 1502.

¹⁶⁰ Hörnle, in: LK 12. Aufl., § 182 Rn. 16; Eisele, in: Schönke/Schröder, § 182 Rn. 5; Fischer, StGB 66. Aufl., § 182 Rn. 5; Renzikowski, in: MK § 182 Rn. 38.

¹⁶¹ BGH 42, 399; NStZ-RR 08, 238.

本項的強制狀態並不要求達到第 177 條第 5 項「不受保護」(Schutzlosigkeit)的程度，強制狀態與未成年人主觀的認知有關。學說上認為，在構成本罪的判斷上，客觀上觀察是否達於強制狀態基本上雖然是不重要的，但是一個「理性第三人的判斷標準」作為客觀限制或許還是在所難免，以免本罪成為純粹事後主觀的判斷¹⁶²。例如此處的強制狀態不可能包括到對於一名 15 歲的少女宣稱：「你的鼻子太大」或者「成為超級模特兒的急迫需求」¹⁶³。

最後，本項的成立必須行為人有「利用」被害人的強制狀態，強制狀態必須為行為人的故意所及，並且計算在內¹⁶⁴。不作為的威脅行為(不予支持的行為)也可以包括在內¹⁶⁵。

第三目 第 182 條第 2 項的部分

本項主要目的，在於禁止與未成年人為性交易或有償之性行為，以免未成年被害人的性自主因為對待給付而受到操縱¹⁶⁶。被害人年齡限制的保護範圍與本條第 1 項同。學說上認為本項為親手犯，如果是以有償的方式促使被害人與第三人為性行為者，則不屬於本項的制裁範圍¹⁶⁷。

本項的成立以行為人與被害人間達成「有償的合意」為必要，任何「具有財產利益性質的對待給付」都足以該當本罪¹⁶⁸，包括經濟上的援助、提供住所¹⁶⁹、邀請參加休閒活動¹⁷⁰等，均屬之。給付與採取或者忍受性行為之間必須要有因果性，只要達到形成「附帶動機(Mitmotivation)」的程度就已經足夠¹⁷¹。

第四目 第 182 條第 3 項的部分

本項值得注意的是，立法者要求行為人必須逾 21 歲之人，被害人必須是未滿 16 歲之人，這樣子年齡差距的設計，目的在於擔保兩造之間實力的落差¹⁷²。行為態樣上，本項與本條第 1 項並無不同。

比較有爭議的是，本項是否以被害人具有明示同意的能力為必要？BGH 刑事第 2 庭與第 4 庭採否定的觀點，因為被害人若是未滿 16 歲之人，被認為是沒有完全性自主能

¹⁶² Hörnle, in: LK 12. Aufl., § 182 Rn. 16; Fischer, StGB 66. Aufl., § 182 Rn. 6.

¹⁶³ Fischer, StGB 66. Aufl., § 182 Rn. 6.

¹⁶⁴ Eisele, in: Schönke/Schröder, § 182 Rn. 5; Fischer, StGB 66. Aufl., § 182 Rn. 9; Renzikowski, in: MK § 182 Rn. 39; Wolters, in: SK § 182 Rn. 4.

¹⁶⁵ Fischer, StGB 66. Aufl., § 182 Rn. 9.

¹⁶⁶ BGH 42, 54; NSTZ-RR 96, 33.

¹⁶⁷ Hörnle, in: LK 12. Aufl., § 182 Rn. 43; Fischer, StGB 66. Aufl., § 182 Rn. 10a, 不同意見 Eisele, in: Schönke/Schröder, § 182 Rn. 8.

¹⁶⁸ NSTZ 06, 555.

¹⁶⁹ BGH 42, 47.

¹⁷⁰ NSTZ 06, 444.

¹⁷¹ NSTZ 95, 540; 04, 683; 06, 444; NJW 00, 3726.

¹⁷² BT-Drs. 12/4584, 8.

力的客體，因此無法確認他的同意是不是一種有效的同意¹⁷³。刑事第3庭¹⁷⁴則從反對能力的方向解讀，認為本項不管是在被害人根本無能力提出反對意願時，或者有部分反對的能力但是卻因為實力落差的因素而無法表示反對時，均有適用的空間。

文獻上認為，結論上來講上述兩種不同方向的解讀方式並沒有太大的差異，因為所謂的同意的在此處必會包括（未成年人典型的）「不夠成熟」或者「較弱的落實能力」的情形¹⁷⁵。畢竟當行為人違反未成年被害人可得認知的反對意願而強迫為性行為時，就已經不存在「利用性自主的欠缺」（Ausnutzen fehlender Selbstbestimmung）的情形，而是打破了性自主的決定。本項的立法理由¹⁷⁶也強調：「重點在於利用的要素……行為人必須有意識地利用未成年被害人的不成熟。行為人不正直的行為導致被害人無法有效形成反對意願的程度，將會是重要的。」因此本罪的重點應該不是在於去違反意願的強制行為，而是在於造成被害人不成熟的、未經深思熟慮的「同意」並且因而「不為反抗的忍受」¹⁷⁷。

所謂「欠缺性自主的決定能力」（Fehlen der Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung），在體系性地觀察第177條第2項第1款與第2款的情況之下，被害人相對欠缺的性自主決定的重點，應該要落在「因年紀所致的不夠成熟」之上，這種不成熟的性自主決定能力，在未滿16歲之人是屢見不鮮的¹⁷⁸。據此可知，此處性自主的相對欠缺無法與未成年人的特性分離觀察，與第177條不同的是，這種欠缺不是一種「狀態」（Zustand），而是一種「特性」¹⁷⁹，個案中行為人與被害人之間的具體關係，也就是條文中「（被害人）與己相對」（ihm gegenüber）的要素因此無法被忽視。這一點無法從被害人單方面的角度論斷，因為一個15歲經常劈腿的被害人可以被解讀為性的相對早熟，但是也可能被認為正好是因為不夠成熟，所以經常劈腿¹⁸⁰。

最後，本項同樣要求行為人必須有「利用」這種因為年紀或差所導致的實力差距，未成年人的不夠成熟與行為的結果之間必須有因果性¹⁸¹。必須提醒注意的是，德文條文原文中雖有「濫用」（Mißbrauch）的用字，但是一般來講只要牽涉到「利用」的情形，除了少數的例外之外，通常都同時是「濫用」¹⁸²。

第五目 第182條第4項到第6項的部分

¹⁷³ BGH 2 StR 589/06; BGH 4 StR 396/10.

¹⁷⁴ BGH 3 StR 286/14.

¹⁷⁵ Fischer, StGB 66. Aufl., § 182 Rn. 11b.

¹⁷⁶ BT-Drs. 12/4584, 8.

¹⁷⁷ Fischer, StGB 66. Aufl., § 182 Rn. 11b.

¹⁷⁸ BGH 42, 402; NSTZ-RR 97, 98; 2 StR 589/06; Hörnle, in: LK 12. Aufl., § 182 Rn. 60; 不同意見 Eisele, in: Schönke/Schröder, § 182 Rn. 11.

¹⁷⁹ Hörnle, in: LK 12. Aufl., § 182 Rn. 60; Fischer, StGB 66. Aufl., § 182 Rn. 13.

¹⁸⁰ Fischer, StGB 66. Aufl., § 182 Rn. 13.

¹⁸¹ Eisele, in: Schönke/Schröder, § 182 Rn. 12.

¹⁸² Eisele, in: Schönke/Schröder, § 182 Rn. 7; Kusch/Mössle NJW 94, 1507; Schroeder NJW 94, 1503, Renzikowski, in: MK § 182 Rn. 47, 54.

本條第 4 項罰及未遂，第 5 項、第 6 項涉及告訴或追訴條件，與實體認定之關連有限，援羅列條文如上以供酌參。

第三節 日本法

第一項 日本立法例概論

對於「與未成年人在合意下從事性行為」且「非屬性交易」之相關規範，在日本立法例上係屬於分散式立法，必須就「刑法」、「兒童福祉法」以及各地方自治團體之「青少年保護（健全）育成條例」（屬於都、道、府、縣地方自治團體所制定之自治法規，以下簡稱「保護育成條例」）綜合加以觀察。

對此，可以區劃出「18 歲以上」與「未滿 13 歲」兩條年齡界線，亦即就從事性交或猥褻行為對象之年齡為觀察，若相對人已年滿 18 歲時，則不論其是否仍具有學生身分，獲得同意下與其從事性行為則一切合法。反之，若相對人未滿 13 歲時，依刑法第 176 條及第 177 條之規定，與其所從事之性行為仍論以強制性交罪或強制猥褻罪，故為法所不許。不過，若行為人在不知相對人實際年齡之情形下，而與未滿 13 歲之相對人發生性行為時，則由於主觀上欠缺故意，而不成立犯罪。

若相對人為 13 歲以上、未滿 18 歲之人時，與其從事性行為是否違法，須就「兒童福祉法」及「保護（健全）育成條例」之規定為斷。依兒童福祉法第 4 條第 1 項規定，未滿 18 歲者，為「兒童」（從小學就學起，至滿 18 歲為止，又稱之為「少年」）。另依同法第 34 條第 1 項第 6 款規定，任何人不得使兒童從事「淫行」（不符合性之道德風俗）行為，違反者依同法第 60 條第 1 項規定，處十年以下懲役刑或科或併科三百萬日圓以下罰金。

至於各地方自治團體所規定之「保護（健全）育成條例」，雖然在條例名稱及規定內容上有所差異，但基本架構仍屬相同¹⁸³。所謂「青少年」，係指未滿 18 之人。在各地方自治團體之保護育成條例中，對於與未滿 18 歲之人從事性行為，均設有禁止規定，對此，一般稱之為「淫行條例」。

以東京都之條例為例，其中第 18 條之 6 規定，任何人不得與青少年為淫亂（放蕩）之性交或與性交類似之行為¹⁸⁴，違者處二年以下懲役刑或科一百萬日圓以下罰金。又如大阪府之條例，其中第 39 條規定，除買春行為外¹⁸⁵，單純為滿足性慾之目的，對青

¹⁸³ 關於日本各自治團體所訂定之保護（健全）育成條例相關內容，可參閱以下網址：

https://www8.cao.go.jp/youth/kenkyu/jourei/pdf_index.html（最後點閱時間：2020 年 3 月 20 日）

¹⁸⁴ 條文係使用「みだらな（淫らな）」一詞，其意義為「淫亂的」、「放蕩的」，係指該性行為是違背社會道德風俗的。

¹⁸⁵ 若屬於有對價性之買春（性交易）行為時，則優先是用「兒童買春及色情禁止法」（兒童買春・児童ポルノ禁止法）上之規定。

少年為威迫¹⁸⁶、詐欺或使其迷惑（困惑），而與其為性交或猥褻行為，違者處六月以下懲役刑或科五十萬日圓以下罰金。至於福岡縣之條例，其中第 31 條規定，任何人不得對青少年為淫行或猥褻行為，違者處二年以下懲役刑或科一百萬日圓以下罰金。

值得注意的是，在某些地方自治團體的條例中，如北海道、長野縣、岐阜縣、大阪府、香川縣及福岡縣等，訂有「不得以不知青少年之年齡為由，而免於處罰」之規定，換言之，縱使行為人與相對人為性行為時，不知相對人係屬未滿 18 歲知青少年，但仍不得以「不具有故意」而阻卻犯罪之成立。不過，在此等規定中，仍設有「行為人不具有過失時，不在此限」之例外規定，亦即行為人對於未能正確認知相對人之實際年齡，在主觀上連過失亦不具備時，則不能對行為人論以犯罪。

第二項 「兒童福祉法」與「保護育成條例」之適用範疇

第一款 「兒童福祉法」上之規定

兒童福祉法第 34 條第 1 項第 6 款所謂「使兒童從事淫行」，在解釋上，包括「行為人使兒童與自己或第三人從事性交或相類似行為」，或是「讓兒童自己從事與性交相類似之行為（如自慰）」。換言之，不論行為人以有形（物質）或無形（心理）之方式，直接或間接使其事實上之影響力及於兒童，促使兒童從事淫行，亦即助長兒童從事淫行之可能性。至於行為人是否符合「使兒童從事淫行」，必須就行為人與兒童間之關係、助長或促進行為之內容、對兒童意思決定之影響程度，淫行之內容、導致淫行之動機與過程、兒童之年齡，以及其他兒童所處之具體狀況綜合加以判斷¹⁸⁷。

第一目 日本實務之見解

而日本實務上曾對「使兒童從事淫行」之概念解釋有所爭議，在「長野縣兒童福祉法違反事件」中，被告為國中教師，對於前來家中造訪的女學生 A，勸誘其飲酒並讓其觀看成人影片，其間被告向 A 出示女性自慰用品，並告知其使用方式，被告將該用品交付 A 後，A 自行以該用品在暖桌中為自慰。其後，被告又帶另一名女學生 B 前往旅館，在內飲酒及觀看成人影片，被告同樣將自慰用品交付給 B，B 則以該用品在棉被裡自慰。

嗣後，檢察官以被告違反兒童福祉法第 34 條第 1 項第 6 款規定提起公訴，雖然女學生 A、B 二人均為未滿 18 歲之人，並無疑義，但被告是否有「使兒童從事淫行」之行為，在審判過程中則存有爭議。因為雖然被告有提供自慰用品給女學生，促使女學生從事自慰行為，但均係由女學生自行為之，能否認為屬於「使兒童從事淫行」，不無疑問。對此，日本實務界之見解傾向認為「淫行」在內涵上，不僅包含男女間之性交行為，亦包含「類似性交之行為」，可擴及猥褻行為¹⁸⁸。

¹⁸⁶ 「威迫」係指以言語舉動對相對人施以心理壓力，但尚未到達「脅迫」之「使人心生畏懼」之程度，僅是使相對人有「不安感」，類似「以氣勢壓人」之概念。

¹⁸⁷ 最決平 28・6・21 刑集 70 卷 53 号 369 頁。

¹⁸⁸ 最決昭 47・11・28 刑集 26 卷 9 号 617 頁。

學界有反對見解對於前述實務見解提出批判，認為此處之「淫行」，應限縮於「男女間之性交行為」，因為「類似性交之行為」與「猥褻行為」在區分上存有困難，很可能導致本罪之處罰範圍過度擴張，而與第 9 款所謂「以給予兒童身心有害之影響為目的，而將其置於自己支配下之行為」出現界線模糊的狀況，但兩款違法行為之法定刑度卻不相同，將導致法律欠缺安定性。此外，與刑法上強制猥褻罪之法定刑相比較，違反兒童福祉法第 34 條第 1 項第 6 款在處罰上是重於強制猥褻罪，縱使行為人以其影響力促使兒童為自慰行為，但兒童仍可能是在意志自由下決定從事自慰行為；而強制猥褻罪在成立上，必須相對人之意志自由已經受到壓迫，代表相對人之自由已經受到侵害，若對於「使兒童從事淫行」之行為科以較重之刑責，將會發生罪刑失衡的狀況¹⁸⁹。

本案被告方上訴至日本最高裁判所，最高裁判所仍維持原審之判決，認為兒童福祉法第 34 條第 1 項第 6 款之立法目的，係在保護兒童不會因為不適當的性行為而導致身心受到傷害，因此，「使兒童從事淫行」在解釋上，不以男女間之性交為限，另包括類似性交之行為。雖然類似性交行為在內涵範圍上較猥褻行為為狹窄，但不以行為人與兒童間有身體接觸為必要，觸摸兒童之生殖器、胸部、臀部或進行口交之行為，自得認為屬於淫行；若是促使兒童自行為自慰行為，亦可納入「淫行」之範疇。對此，最高裁判所認為，雖然本案中被告僅係將自慰用品交付給被害人，而由被害人自行以該用品進行自慰，但不論是「行為人將自慰用品插入被害人生殖器」或是「被害人以自慰用品插入自己之生殖器」，對兒童身心健全所造成之損害並未有所不同，因此，從有害性之角度而言，行為人之行為係屬「類似性交之行為」，而屬兒童福祉法第 34 條第 1 項第 6 款之「使兒童從事淫行」¹⁹⁰。

第二目 學界之批判意見

不過，學界對於此一實務判決有所質疑，認為既然兒童福祉法之目的在於保護兒童身心之健全發展，就不應該過度將「不道德性」滲入「淫行」之解釋上。本案中，被告確實以其影響力使被害人從事自慰行為，甚至可能是為了供自己觀覽為目的，將被害人置於淫靡的狀態下，對於被害人之身心可能造成傷害，應無疑義。惟被害人係自行進行自慰行為，行為人將自慰用具交付給被害人之行為，縱使具有有害性，但仍是由被害人自行決定是否為之，也無法認為行為人係為了後續與被害人從事性交行為所為之前階段行為，故能否認為在程度上得與「性交行為」等同視之，不無疑問¹⁹¹。

因法院判決過份強調「身心傷害性」，並以此推導出「等同於性交行為（即類似性交之行為）」的作法，顛倒了判斷順序，換言之，應該先判斷行為人之行為在性質與程度上是否已經達到能與性交行為等同視之的程度，再行判斷對兒童有無身心危害性。因此，論者認為本案

¹⁸⁹ 安部哲夫，兒童福祉法三四条一項六号の「淫行をさせる」行為の意義 最高裁平成一〇年一一月二日第三小法廷決定（刑集五二卷八号五〇五頁），北陸法学，第 7 卷第 2 号，1999 年，頁 73-74。

¹⁹⁰ 最決平 28・6・21 刑集 70 卷 5 号 369 頁。

¹⁹¹ 安部哲夫，兒童福祉法三四条一項六号の「淫行をさせる」行為の意義 最高裁平成一〇年一一月二日第三小法廷決定（刑集五二卷八号五〇五頁），北陸法学，第 7 卷第 2 号，1999 年，頁 74。

中行為人之行為，未達與性交行為有近似之程度，故宜以違反第 34 條第 1 項第 9 款之規定加以論處¹⁹²。

第二款 「保護育成條例」上之規定

在各地方自治團體之保護育成條例中，對於與未滿 18 歲之人的不適當性行為，均設有處罰規定其與配，一般稱之為「淫行條例」¹⁹³。各地方自治團體對於淫行條例之規定內容存有相當之差異性，且對於「性行為」之用語甚為分歧，分別有使用「淫行」、「淫亂的性行為」、「淫亂的性交」或「猥褻行為」等，基本上係包括「性交（姦淫）」以及「與性交相類似之行為（廣義之猥褻）」兩類行為態樣。

第一目 日本之實務見解

由於「淫行」帶有「違反性之道德風俗」之意涵在內，因此，並非與青少年從事性行為即屬於淫行，因為性自主決定自由亦為應受保障之憲法上基本權利，國家介入干涉之程度必須受到一定之限制。對此，日本最高裁判在發生於 1985 年的「福岡縣青少年保護育成違反事件」中表明，「淫行」概念在解釋上，係指對青少年以誘惑、威迫、詐欺或使其迷惑等方式，利用其身心未成熟而以不當手段與其從事性交或類似性交之行為（第一類型）。或是行為人所為之性交或類似性交之行為，只是將青少年「單純當作滿足自己性慾」之對象（第二類型）。因此，如果行為人與青少年係基於戀愛等情感關係而發生性行為時，意即雙方有認真發展關係之意思時，則不能將該性行為視為淫行¹⁹⁴。

在該案中，被告與未滿 18 歲之少女發生性行為，而違反當時福岡縣之青少年健全育成條例第 10 條第 1 項之規定（舊法），該案於第一審及第二審中，皆認定被告之行為屬於淫行，而成立犯罪。對此，被告以「係基於結婚為前提，而與已滿 13 歲之人，特別是已經屬適婚年齡之人，在真摯合意下所為之性行為，若一律受到處罰，有處罰範圍過廣之虞」，以及「因法規中之『淫行』概念之意涵不明確，將造成所有與未成年發生性行為之情形皆有被處罰之危險性」為理由，主張該條例之規定違反日本憲法第 11 條、第 13 條、第 19 條與第 21 條規定，上訴至最高裁判所。

最高裁判所認為在此案中，原審認定被告僅是將相對人當作滿足自己性慾之對象，而無認真發展關係之愛戀情感，在個案判斷上並無疑義，故被告之行為係屬「淫行」。至於淫行條例之規定是否有違背憲法，最高裁判所則為以下之表示：

1. 福岡縣之青少年健全育成條例係以保護青少年健全發展為目的，其中第 10 條第 1 項規定：「任何人不得對於青少年為淫行或猥褻之行為」，對於違反者處二年以下有期徒刑或十萬日圓以下罰金（同條例第 16 條第 1 項），係考量到青少年身心尚未成熟與發育程度不均衡，

¹⁹² 安部哲夫，兒童福祉法三四條一項六号の「淫行をさせる」行為の意義 最高裁平成一〇年一月二日第三小法廷決定（刑集五二卷八号五〇五頁），北陸法学，第 7 卷第 2 号，1999 年，頁 74-75。

¹⁹³ 目前日本的 47 個都、道、府、縣均對此設有處罰規定，最早者為岡山縣，於 1950 年時制定；最晚者為長野縣，於 2016 年時制定。

¹⁹⁴ 最判昭 60・10・23 刑集 39 卷 6 号 413 頁。

於精神上仍未具備充分之安定性，容易因為從事性行為而受到精神上的創傷。此外，慮及此種創傷在回復上可能是有困難等情事，基於青少年健全發展之目的，將青少年做為性行為對象之行為，此等行為因有妨害青少年發育之虞，依據社會通常觀念明顯是有予以非難而加以禁止之必要。

2. 條例中第 10 條第 1 項所謂之「淫行」，在解釋上，並非廣泛的包括對所有與青少年之性行為，除非是以誘惑、脅迫、欺罔或使困惑等利用青少年身心未成熟的不當手段，藉而從事性交或類似性交行為；或是將青少年單純當作滿足自己性慾之對象，而與其從事性交或類似性交行為，始屬於淫行。

3. 所謂「淫行」，係指「淫亂之性行為」，從社會通念而言，已經締結婚約的青少年，或類似之真摯交往青少年間所發生之性行為等，均難以被認為屬於淫行而須加以處罰。因此，要認為「淫行」是包括一般與青少年的性行為，在解釋上是明顯過於擴張的，再者，如將「淫行」解釋為單純違反倫理或是不純潔之性行為，仍無法避免存在構成要件不明確之可能，故就該條例第 10 條規定之文理中得以合理推導的解釋範圍內，（最高裁判所）所為之限定解釋應屬適當，對一般人而言，應得理解其義。是故，本案中所爭執之「淫行」概念依循前述之解釋時，不能認為處罰範圍過度廣泛或是不明確，而未違反日本憲法之相關規定。

第二目 最高裁判所之部分不同意見

對於此一案件，參與最高裁判所審判的伊藤正己、谷口正孝及島谷六郎三位法官，則表達了反對意見，對於淫行條例之規定提出質疑。其等認為「淫行」概念在內涵上具有「違反社會上性倫理觀」之性質，原本就會因為時空變遷在認定上具有浮動性，而屬於「規範性構成要件要素」，如果在解釋結果上已經超出一般社會大眾所能認知之範圍，恐欠缺構成要件明確性。再從保護育成條例的立法目的考量，是與兒童福祉法一樣在保護青少年的身心得以健全發展，那麼，與青少年之性行為是否應該被處罰，著眼點就不該在違反社會倫理觀上，而是是否會對青少年的身心發產生侵害。特別是已經達到一定年齡之青少年（如已滿 16 歲），民法上已肯認其得締結婚姻關係，不能斷然認定其在性行為之從事與否上欠缺判斷與同意能力，若其單純為滿足自身性慾而決定從事性行為，不宜否認其同意之效力，否則，是國家對青少年之性自主性的過度介入限制。同樣的，與青少年從事性行為者，縱使其出於單純滿足性慾之目的，若其行為對青少年之身心發展未造成妨害時，其行為應不具有可罰性。

如果是考量行為人係利用青少年認知不足、發育未成熟或情緒不穩定之狀況，而以誘惑、威迫或詐欺等方式，與青少年從事性交或相類似之行為，而有予以處罰之必要性。在概念的運用上就不該使用「淫行」等帶有反倫理觀之詞彙，因為縱使行為人與青少年間在從事性行為上，沒有進而結婚之意願，雙方亦沒有情感關係，純粹只是為了滿足彼此的性慾時，其行為仍欠缺處罰基礎，不應以「只為了滿足性慾所為的性行為就是不純潔」為理由，而以刑罰介入規範。因此，前述第二類型的「單純將青少年當作滿足自己性慾之對象」，其行為並不具有可罰性，若將其包含在「淫行」之範疇內，亦已逸脫社會大眾所能理解的範圍，有違罪刑法定原則之虞。

此外，保護育成條例屬於地方自治團體之法規，雖然地方自治團體有其立法權限，但就各都、道、府、縣之淫行條例內容為觀察，不但在構成要件內容上有所差異，在法定刑上也有明顯的落差，甚至在是否為告訴乃論之罪、是否適用故意推定，以及行為人為青少年時，能否排除刑罰等規定上甚為分歧。或許在各個地方自治團體間有文化上之差距，但就維護青少年身心健全發展的角度而言，不應該會有如此大的差異性。基於平等原則的考量，除非有正當化之實質理由，地域間存有明顯的差異性，否則，各都、道、府、縣在淫行條例的規定上應該盡量求取一致性，以免國民對法規之合理性與公正性產生懷疑。

第三目 近期之日本實務見解

近期日本有實務見解表示，「淫行」概念在解釋上，不應過度滲入道德觀念，縱使雙方屬於外遇情事（不倫關係），但如果係基於感情基礎而為性行為時，則仍不能認其屬於淫行。因為社會價值觀可能會與個人之性自主決定自由間產生衝突，當社會道德觀以法律形式過度介入時，可能會壓迫個人在性方面的決定權及人格形成，而損及其人性尊嚴。即使基於保護青少年身心健全發展的考量，仍必須在個案中判斷青少年之身心健全是否受有妨礙。

因此，縱使行為人係在外遇關係下與青少年從事性行為，且與對方沒有結婚之打算，但雙方仍屬真摯的交往關係時，若青少年已有足夠判斷能力，且身心健全未因而受到妨害或受有妨礙之虞，則不應對行為人施以刑罰，否則，將流於將早期「強姦罪」（即我國之「強制性交罪」）之「貞操保護」作為淫行的處罰基礎，變成以「保護青少年身心健康」為名，實質上卻以國家親權之形式過度介入青少年之性自我決定領域¹⁹⁵。

如在「愛知縣青少年保護育成違反事件」中，被告為餐飲店的副店長，已婚並育有子女，被告與在店內打工之 17 歲 A 女高中生因工作認識，因為 A 女常與被告聊及家庭與交友等問題，兩人因而變熟識，且互有好感。其後，被告與 A 女相約出遊並交換聯絡方式，並有接吻行為。A 女有將自己想與被告交往一事告知母親，母親則表示「當個普通朋友當然沒問題，但不要發生肉體關係」。而後，被告與 A 女往來密切，常以簡訊聊天，並一同開車出遊，由於兩人間產生濃厚的感情，被告遂告知 A 女希望與其交往，並在 A 女的同意下與其發生性行為。

兩人於發生性關係後，被告又多次邀約 A 女至旅館，兩人通常在房內看電視後，進而發生性行為，於完事後在房內繼續閒聊。離開飯店後，兩人共同前往用餐，再由被告送 A 女返家。而被告與 A 女除了性行為外，亦有單純的約會，如去看電影以及開車兜風。嗣後，A 女母於知悉後，開始擔心兩人間有發生性行為。某次出遊時，由於兩人兜風至深夜，A 女告知母親將會晚歸，其母則要求 A 女立刻返家。A 女返家後，其母對 A 女加以質問，A 女則承認與被告發生性關係，其母遂將被告叫回。A 女的母親與其同居

¹⁹⁵ 三枝有，淫行条例の刑事法的検討，信州大学経法論集，第 6 号，2019 年，頁 178-179。

人對被告加以質問，被告承認有與 A 女發生性關係並加以道歉，但遭到 A 女母親及其同居人的毆打。其後，A 女的母親向被告工作地點餐廳的店長，以及餐廳所屬企業的管理者要求金錢賠償，但都遭到拒絕，A 女母親認為被告及其任職企業欠缺道歉之誠意，遂前往警局提起告訴。

對此，檢察官認為被告與未滿 18 歲之 A 女發生性行為，由於被告並未想與其妻子離婚，亦未想與 A 女締結婚姻關係，係屬於「將未成年人單純當作滿足自己性慾之對象」之態樣，而以違反愛知縣青少年保護育成條例之淫行條例對被告提起公訴。對此，名古屋地方法院簡易裁判所對被告為無罪判決，法院認為最高裁判所於昭和 60 年所表明的「是否有真摯的交往關係」此一判斷標準，經過 20 年的時間後，不管在男女認識、交往、結婚與離婚狀況上都有很大的變化，由於時代的變化使得價值觀多樣化，因此，在「是否有真摯的交往關係」的判斷上，恐怕無法以「是否有結婚意願」為唯一標準，否則，將偏離社會通念。

在本案中，被告沒有要與妻子離婚之意思，亦無與 A 女結婚之意思，僅是以交往關係誘使 A 女發生性行為。不過，不能僅以被告沒有與 A 女結婚之意思，而否認存在真摯的交往關係，應該就行為人與青少年間之年齡與關係，特別是是否具有上下從屬之監督關係，以及雙方從認識至發生性行為間的時間、交往過程與方式，以及性行為頻率與內容等，亦需留意雙方在交往與性行為上，是否具有明顯的利益交換性等情事，以一般人健全之人的角度綜合加以判斷。由於被告與 A 女在交往關係上，並非僅有性行為，亦有如戀人般的往來活動，認定兩人之間是存在愛戀情感，縱使被告有外遇之違反倫理行為，但不能以此認為被告之行為屬於「淫行」。

第三項 青少年間合意下性行為之情形

至於從事性行為之雙方皆為未滿 18 歲之青少年時，在各自治團體所定之條例中，則設有排除適用之規定。以東京都之青少年健全育成條例為例，其中第 30 條規定，如違反本條例者為青少年時，關於本條例之相關罰則，對於青少年所為之違反行為，不適用之。但實務上曾有案例，未滿 18 歲之男性被告，與其友人共同與未滿 18 歲之女性被害人接續發生性行為，原本被依涉嫌共同強姦罪而遭逮捕，經偵查後，認為無強姦行為之證據，故改以違反千葉縣青少年健全育成條例第 20 條第 1 項之規定，以涉及單純為滿足性慾之目的而與青少年為性交行為為由，送家庭裁判所調查及審判。

家庭裁判所於審理後，依同條例第 30 條之阻卻刑罰事由免除其刑罰，惟認為被告之行為具有構成要件該當性，亦具有違法性，仍屬少年法第 3 條第 1 項第 1 款「有犯罪行為之少年」之少年非行，認定屬於少年保護事件而決定送少年院為保護處遇。對此，被告不服提起抗告，而東京高等裁判所認定原家庭裁判所之裁定合法，駁回其抗告¹⁹⁶。

¹⁹⁶ 東京高等裁判所決定平成 28 年 6 月 22 日。

第四項 處罰規定間之競合適用

如前所述，對於與未成年人在合意下之性行為的處罰規定，是分散於刑法、兒童福祉法與各地方自治團體之青少年保護(健全)育成條例中，由於各規定之處罰範圍不同，故存在重合與非重合之狀況。以與已滿 13 歲但未滿 18 歲之青少年發生性行為而言，可能同時成立兒童福祉法與青少年保護(健全)育成條例中之犯罪；至於在行為人促使青少年自行從事與性交類似行為之情形中，因為各地方自治團體之青少年保護(健全)育成條例之淫行條例規定內容有所差異，則有行為人僅成立兒童福祉法上犯罪之可能性。通說認為，若是行為人同時成立兒童福祉法與青少年保護(健全)育成條例中之犯罪，由於保護法益具有同質性，應以法條競合處理，依特別關係論以兒童福祉法第 60 條第 1 項之罪。

若在相對人未滿 13 歲之情形中，因行為人另涉及刑法第 176 條後段或第 177 條後段之罪，由於在立法目的上，相關規定係考量到未滿 13 歲之人，在性自主決定上之判斷上並未成熟，而將其擬制為「心智上難以抗拒」之狀態，故在保護法益上除了性自主決定自由外，亦兼顧保護未成年人於「性」方面之健全發展。若行為人犯刑法第 176 條後段或第 177 條後段之罪，同時亦犯兒童福祉法第 60 條第 1 項之罪以及各地方自治團體之青少年保護育成條例中淫行條例之罪時，應如何處理各罪間之競合，則存有爭議¹⁹⁷。

多數見解認為淫行條例之罪應被刑法第 176 條後段或第 177 條後段之罪所吸收(是否為法條競合之吸收關係，未見有明確說明)，但由於兒童福祉法第 60 條第 1 項之罪，在法益保護上之重點與刑法第 176 條後段或第 177 條後段之罪有所不同，前者著重者在於兒童身心之健全發展，而後者著重在於個人之性自主決定，因此，應以想像競合處理。亦有少數見解認為由於刑法第 176 條後段或第 177 條後段之罪，與兒童福祉法第 60 條第 1 項之罪以及淫行條例之罪之間，在保護法益上係具有同質性，應依法條競合論以刑法上之罪¹⁹⁸。

在平成 29 年(2017 年)日本刑法性犯罪罪章修正之前，第 176 條及第 177 條之罪係屬於告訴乃論之罪(目前已改為非告訴乃論之罪)，在舊法之體系下，曾有見解認為刑法第 176 條後段或第 177 條後段之罪，其保護法益在於個人於性方面之自主決定，亦即對於個人人格之尊重，縱使在追訴、處罰上必須考量到被害人之意願，但在得未滿 13 歲之人同意而從事性交或猥褻之情形中，由於該行為已經侵害被害人之身心健全發展，因此，縱使因被害人未提出告訴而無法進行追訴，但仍得就非告訴乃論之罪的淫行條例

¹⁹⁷ 神元隆賢，兒童福祉法違反(兒童に淫行をさせる行為)罪、強制わいせつ・強制性交等罪、児童ポルノ製造罪の罪数關係，北海学園大学法學研究，第 54 卷第 4 号，1999 年，頁 461-467。

¹⁹⁸ 由於各都道府縣之青少年保護育成條例對於淫行條例之設計與內容有所不同，對於保護法益之解釋亦有所不同，因此，自然也會對競合之處理產生影響。相關問題之討論，可參考：三枝有，淫行條例の刑事法的検討，信州大学經法論集，第 6 号，2019 年，頁 183-186。

之罪予以追訴，因此，應認為淫行條例之罪與刑法第 176 條及第 177 條罪在保護法益上仍有所不同，故兩罪間並非為吸收關係，而屬於想像競合。

第四節 瑞典法

第一項 規範模式簡介

瑞典之成年年齡為 18 歲，而法定合法性行為之年齡為 15 歲。如同前述德國法制上之絕對保護立法模式，對 15 歲以下之兒童實施性相關行為亦為瑞典刑法所絕對禁止。性犯罪規範於瑞典刑事法典第六章，其中對兒童人實施性相關行為之罰則明文於第 6-4 條至第 6-6 條，所規範之行為由重至輕分別為對兒童強暴罪、對兒童性剝削罪、及對兒童性剝削罪，以下分述之：

第一款 第 6 之 4 條【對兒童強暴罪】¹⁹⁹

- I. 「對未滿十五歲之未成年人（兒童）實施性行為或使其與他人發生性行為，視為對兒童強制性交，處兩年以上六年以下之有期徒刑。」

承前所述，瑞典之法定合法性行為年齡為 15 歲。立法者認定 15 歲以下之兒童不具有性行為合意之能力，故本條第一款明文與未滿 15 歲者為性行為者，難認雙方構成合意性行為，而將被論以對兒童強暴罪，而有兩年以上六年以下之有期徒刑。

- II. 「與十五歲以上未滿十八歲之未成年人具有親屬、監護、教養或其他相類情形上之監督、扶助、照護關係，而與之發生前項之行為者，亦同。」

原則上，與滿 15 歲之未成年人進行性行為非法所不許。惟本條特於第二款規定一例外——即限制滿 15 歲未達 18 歲之未成年人與其具有特別權力、信賴關係之成年人進行性行為²⁰⁰。在此情形下，該成年人亦會被論以本罪，而面臨兩年以上六年以下有期徒刑。

第二款 第 6 之 5 條【對兒童性剝削罪】²⁰¹

- 「犯前條之罪而情節輕微者，處四年以下有期徒刑。」

¹⁹⁹ Brottsbalken (1962:700) 6 kap 4§ Den som har samlag med ett barn under femton år eller som med ett sådant barn genomför en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt mot barn till fängelse i lägst två och högst sex år. Detsamma gäller den som begår en gärning som avses i första stycket mot ett barn som fyllt femton men inte arton år och som är avkomling till gärningsmannen eller står under fostran av eller har ett liknande förhållande till gärningsmannen, eller för vars vård eller tillsyn gärningsmannen skall svara på grund av en myndighets beslut.

²⁰⁰ 所謂具有特別權力、信賴關係者，係指其為未成年人於法律上或事實上之監護者、扶養者。

²⁰¹ Brottsbalken (1962:700) 6 kap 5 § Är ett brott som avses i 4 § första eller andra stycket med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som mindre allvarligt, döms för sexuellt utnyttjande av barn till fängelse i högst fyra år.

對未滿十五歲之兒童實行未達前條所述強暴程度之性相關行為者，則會被論以本條之性剝削罪，並課以最高四年有期徒刑之刑罰。

第三款 第 6 之 6 條【對兒童性虐待罪】202

「對未滿十五歲或十五歲以上未滿十八歲之未成年人為前兩條以外之性相關行為，為對未成年人性虐待罪，處兩年以下有期徒刑。」

若對未滿 15 歲之兒童或具特別信賴、權力關係者對 15 歲以上 18 歲以下之未成年人實行前兩條以外之性相關行為者，則將被判處本條之對兒童性虐待罪，最高刑期為兩年。此外，本條亦有加重之規定。法院認定行為態樣嚴重者，將構成對兒童嚴重性虐待罪，並面臨六月以上六年以下之有期徒刑。法條中對於加重事由僅例示如多人結夥為之，實際上仍是由法官就行為人之行為態樣對兒童是否過於殘酷為個案認定。

第二項 未成年人間性行為於實務上之發展

依據通說見解，瑞典刑法典第六章第 4 條至第 6 條所保護之法益為「避免兒童受人性剝削與性利用」，並而非一概否認未成年人之性自主能力。為避免保護稚齡兒童之同時，形成對未成年人之性禁令，實務上執法者在個案適用法律上實更具有彈性。

在雙方合意之前提下發生性行為，縱當事人有一方為未滿 15 歲之兒童，檢察官仍會就個案情形認定有無起訴之必要，而非一概論以上開第 6-4 條之對兒童強暴罪。當事人在法定年齡邊緣、雙方年齡差距未過大等均為考量放棄起訴之因素。而在一方為 15 歲以上未滿 18 歲之未成年人之情形，如雙方間並不存有特殊權力、信賴關係，則出於肯認 15 歲即具有性自主能力之見解，年齡差距即非所問²⁰³。

第三項 以教育為優先之性文化

承前所述，瑞典整體社會氛圍對於未成年人間之性探索抱持正面之態度，此不僅彰顯於法庭實務中，更擴及於前置之教育、社政資源以及案發後之通報階段。

就前置教育之部分，瑞典自幼兒園階段即開始將性教育融入義務教育之各學科中，內容涵括性與情感教育。更有專為未成年人設立之青少年諮詢中心、提供免費避孕資源之藥局以資配套²⁰⁴。而案發後之通報程序，瑞典亦不同於我國所採之強制通報制度。在瑞典，如查知兒童間發生性行為，多係由社會司等社政單位而非警方、法院界入調查。社政單位在調查上亦會以未成年當事人為中心，概與其建立信任關係始能掌握事件發生

²⁰² Brottsbalken (1962:700) 6 kap 6 § Den som genomför en annan sexuell handling än som avses i 4 och 5 §§ med ett barn under femton år, eller med ett barn som fyllt femton men inte arton år och som gärningsmannen står i ett sådant förhållande till som avses i 4 § andra stycket, döms för sexuellt övergrepp mot barn till fängelse i högst två år.

²⁰³ 蘇芊玲、楊佳羚，前揭註 6，頁 66-68。

²⁰⁴ 同前註，頁 73-75。

之原委，更得保有其在程序中之主體性²⁰⁵。社政單位並會就當事人之既有關係、年齡差距等因素綜合考量，以評估是否進一步通報警方及尋求安置機構²⁰⁶。

²⁰⁵ 同前註，頁 75-79。

²⁰⁶ 同前註，頁 70-71。

第五節 各國法制比較簡表

➤ 下表為美國、德國、日本及瑞典四國法制比較簡表

法制	行為態樣	現行規範明文	保護法益	行為人年齡	被害人年齡	法定刑罰／效果
台灣	非性交易	最高法院九十九年度第七次刑事庭會議決議	兒童及青少年的自我身心健全成長之權利。	不限	七歲以下	(論以刑法第 222 條一項二款、第 224 條之一加重強制性交、猥褻罪) 七年以上有期徒刑
		刑法第 227 條一項對未滿十四歲男女性交罪		不限	七歲以上未滿十四歲	三年以上十年以下有期徒刑
		刑法第 227 條二項對未滿十四歲男女猥褻罪		不限	七歲以上未滿十四歲	六月以上五年以下有期徒刑
		刑法第 227 條三項對未滿十六歲男女性交罪		不限	十四歲以上未滿十六歲	七年以下有期徒刑
		刑法第 227 條四項對未滿十六歲男女猥褻罪		不限	十四歲以上未滿十六歲	三年以下有期徒刑
		刑法第 227 條之一		未滿十八歲	七歲以上未滿十六歲	減輕或免除其刑
	性交易	兒童及少年性剝削防制條例第 31 條二項		十八歲以上	十六歲以上未滿十八歲	三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣十萬元以下罰金

法制	行為態樣	現行規範明文	保護法益	行為人年齡	被害人年齡	法定刑罰／效果
美國	非性交易	California Penal Code 261.5	兒童之身心健康	不限	未滿十八歲，但與行為人年齡差距在加減三歲內	Misdemeanor 一年以下有期徒刑
				不限	未滿十八歲，行為人年齡比被害人大三歲以上	Misdemeanor or felony 三年以下有期徒刑
				二十一歲以上	未滿十六歲	Misdemeanor or felony 四年以下有期徒刑
		十八歲以上		未滿十歲	無期徒刑或25年以上有期徒刑	
	性交易	California Penal Code 261.9		不限	未滿18歲	25,000以下罰金

法制	行為態樣	現行規範明文	保護法益	行為人年齡	被害人年齡	法定刑罰／效果
德國	非性交易	§176 StGB (對兒童之性行為)	保護未成年人性發展不受干擾。	不限	未滿十四歲之兒童	基本類型 §176I, II StGB 六個月以上、十年以下有期徒刑 情節重大 §176III StGB 一年以上有期徒刑 特定情狀 §176IV StGB 三個月以上五年以下有期徒刑 意圖犯 §176V StGB 三個月以上五年以下有期徒刑
		§176a StGB (對兒童之性行為的加重處罰)		§176a I StGB 無年齡限制 (但如五年內曾犯此等罪刑時，則加重)	未滿十四歲之兒童	一年以上有期徒刑
		§176a II ① StGB18歲以上之人		未滿十四歲之兒童	兩年以上有期徒刑	
		§176a III StGB 無年齡限制 (但必須意圖製作色情刊物)		未滿十四歲之兒童	兩年以上有期徒刑	
		§176a IV StGB 無年齡限制 (情節輕微者)		未滿十四歲之兒童	三個月以上五年以下或一年以上十年以下有期徒刑	
		§176a V StGB 無年齡限制 (但需嚴重虐待致生命危險)		未滿十四歲之兒童	五年以上有期徒刑	
		§176b StGB (性侵兒童致死罪)		§176b StGB 無年齡限制 (有重大過失致兒童死亡)		無期徒刑或十年以上之有期徒刑

		§180 StGB (促使未成年人為性行為)	§180 I StGB 無年齡限制 (以媒介促成或提供製造機會者)	未滿十六歲之人對第三人或是在第三人面前實施性行為	三年以下有期徒刑或罰金	
			§180 III StGB 無年齡限制 (有依賴性關係者)	未滿十八歲之人或使其對第三人或是在第三人面前實施性行為	五年以下有期徒刑或罰金	
			§182 I StGB (利用強制狀態)	不限	對於未滿十八歲之人 (必需利用強制狀態 ²⁰⁷)	五年以下有期徒刑或罰金
			§182 III ① StGB (利用被害人相對欠缺自主能力)	逾二十一歲之人	對於未滿十六歲之人	三年以下有期徒刑或罰金
	性交易 ²⁰⁸	§180 II StGB	無年齡限制 (促使發生或透過媒介助長者)	未滿十八歲之人對第三人或是在第三人面前實施性行為 (有償)	五年以下有期徒刑	
		§182 II StGB	逾十八歲之人	對於未滿十八歲之人	五年以下有期徒刑或罰金	

²⁰⁷ 此處所指的強制狀態採取的是寬鬆的解釋，包括可能造成性行為風險的特殊狀態，而未成年無法獨立擺脫此類狀態的情形，典型的例子如：逃家需要地方過夜、毒品成癮，甚至連一時找不到實習的位子都可能包括在內。Vgl. Schönke/Schröder § 182 Rn. 4.

²⁰⁸ 條文使用 gegen Entgelt 的用字，中文直譯可以理解為有償，所指涉的範圍包括金錢以及其他一切以任何可能的財產上利益被當成對待給付的情形，例如為了為性行為而贈送入場卷、出國旅遊、提供毒品、禮物，甚至連請客吃飯都可以包括在內。Vgl. Schönke/Schröder § 182 Rn. 9.

法制	行為態樣	現行規範明文	保護法益	行為人年齡	被害人年齡	法定刑罰／效果
日本	非性交易	刑法	性決定自由（亦有見解認為在保護兒童之身心健全發展）	不限	未滿十三歲	第 176 條後段（強制猥褻罪）處 6 月以上 10 年以下有期徒刑 第 177 條後段（強制性交罪）處 5 年以上有期徒刑
		兒童福利法（兒童福祉法）	維護兒童之身心健全發展	不限	十三歲以上、未滿十八歲	第 34 條第 1 項第 6 款、第 60 條第 1 項處 10 年以下有期徒刑或科或併科 3 百萬日圓以下罰金
		各地方自治團體（都道府縣）之青少年健全（保護）育成條例（青少年健全・保護育成條例）以「東京都青少年健全育成條例」為例	防止阻礙青少年福祉之行為，以促成良好之環境，給予青少年健全之培養	不限	十三歲以上、未滿十八歲	第 18 條之 6、第 24 條之 3（淫行條例）2 年以下有期徒刑或科 1 百萬日圓以下罰金
	性交易	兒童買春及色情禁止法（兒童買春、兒童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律） 部分地方自治團體之青少年保護育成條例（如大阪府青少年健全育成條例第 39 條第 1 項）	保護個別兒童之尊嚴及格，亦保護一般兒童得在良好環境下健全成長	十八歲以上	未滿十八歲	第 4 條（買春行為，包括性交或類似性交之行為）處 5 年以下有期徒刑或 3 百萬日圓以下罰金

法制	行為態樣	現行規範明文	保護法益	行為人年齡	被害人年齡	法定刑罰／效果
瑞典	強暴	刑法§6-4(1) 對兒童強暴罪	兒童不受 成年人利用或侵犯	十五歲以上	未滿十五歲	兩年以上六年以下有期徒刑
		刑法§6-4(2) 準兒童強暴罪		與兒童具 特定關係 之成年人	十五歲以上 未滿十八歲	(論以對兒童強 暴罪) 兩年以上六年以下 有期徒刑
	性剝削	刑法§6-5 對兒童性剝削罪		十五歲以上	未滿十五歲	四年以下有期徒刑
	性虐待	刑法§6-6 對兒童性虐待罪		十五歲以上	未滿十五歲	兩年以下有期徒刑
		刑法§6-6 對兒童嚴重性虐 待罪		十五歲以上	未滿十五歲	六個月以上六年 以下之有期徒刑

第五章 焦點座談會之意見交流

本計畫於 2019 年 10 月 4 日、2020 年 2 月 8 日邀請法官、檢察官、主任調查官、小兒神經科醫師、婦產科醫師以及社福單位舉行第共兩次焦點座談會，除就本計畫議題各自發表

實務及專業上之相關感想，亦針對本計畫擬訂之修正條文進行意見之交流，會議結果總結如下：

第一節 第一次焦點座談會結論彙整

第一項 對現行法制之概述與檢討

法官意見表示，現行法以保護之名介入，但手段卻過於激烈，我國以刑罰加諸在孩子身上，法官主張應反思此手段之正當性，因為刑罰容易過當，在執行上應更細膩。而現行法規定名為保護青少年，實則保護的對象是大人的價值觀，因為大人不知道該怎麼處理性相關之議題，只好訴諸刑罰。然而，孩子多數不想要提告，卻因家長堅持提告的狀態下，被逼迫選邊站。雖有部分同事認為兩小無猜案件不應除罪化，因其認為現行之少年法庭之效能較受信賴，即司法資源較足且可保護未成年人的隱私。如果除罪化後，處理機構可能會落到行政系統（如學校、警政、社政）上，其執行成效可能存疑。但專家仍認為此存有思考上的謬誤，不能以實然面的失敗現況去建構法制。

檢察官意見表示，兩小無猜案件在實務上遇到許多個案，狀況為少女不願意進行訴訟，但其家長因為憤怒而提起告訴，此種情狀並不適合由刑法處理。檢察官認為單純未滿 16 歲之間的性行為，應該要由教育取代刑罰，而不是將此類案件歸到司法機構處置。同時，在實務中也討論有關被害人年齡外觀是否能夠辨識之問題，現行規定中並無過失的處理規定，應該在法規範中一併考慮並且重新設計刑度規定。在實務調查中，由於經常是父母執意提起告訴，孩子可能必須承擔誣告風險，因此調查時往往會將父母分開訊問。另外，檢察官也提及實務上若遇到孩子不想進行告訴之情狀，檢察官往往會考量當事人意見作不起訴處分，惟家長可能會提起再議。

主任調查官意見表示，兩小無猜的案件在法庭上，家長的情緒影響司法程序非常大，大部分的孩子不想告，司法其實都在處理家長的情緒。兩小無猜案件之被害人通常不自認為被害人，無告訴意願，故多數案件中都是家長認自己孩子被欺侮堅持提告。此類個案親子關係多半緊張，孩子同時面對父母及伴侶，易陷入兩難。另因同時須面對性侵害犯罪防治法、兒童及少年福利與權益保障法及性別平等教育法之通報與處理，國家資源的強制介入，面對多數無意願且不認己為被害人的當事人，社政、教育人員能發揮功效有限。在此情況之下少年法官也會考量孩子的意見，通常因無其他需保護性，多會建議不付審理交家長嚴加管教，而不會進入保護管束等長期處分。僅有在針對家庭管教功能

欠缺或個案衝動控制能力較薄弱者，法院多裁定保護管束，並函送主管機關評估施以身心治療或輔導教育之必要，以能長期應用社區處遇措施輔導少年。

小兒神經科醫師意見表示，就醫學角度而言，基本肯認女性 16 歲以上生理結構發展較為成熟適合懷孕（例如：骨盆腔、月經規則），若未滿 16 歲懷孕其併發症可能增加，因此許多國家規範在 16 歲較適合發生性行為。而在相關案件處置上，醫院端目前主要負責處理是否為性侵的採證，若父母堅持提起告訴，仍然要循性侵案件程序處置，即使有社工居中溝通，家長通常不願做和解。然而，以青少年身心發展方面而言，應該要在程序中多加傾聽青少年之聲音並尊重孩子的意願，且應該盡量以減少青少年的心理負擔，不應使司法程序成為對青少年之傷害。

社福單位意見表示，兩小無猜案件多在處理親子溝通問題，和強制性交案件被害人的需求非常不同。父母往往不願意承認自己孩會與他人合意性交，使得孩子面臨忠於父母或忠於感情之困境，社工在此種案件下，難以套用處理強制性交案件的模式。

綜上所述，可見實務在處理兩小無猜案件上確實遇到困境，青少年在此程序中往往承受過大之心理負擔，家庭功能在相關案件中也扮演重要角色，現行法制僅有司法體系處理顯然尚嫌不足，應佐以社政單位處理未成人之性相關行為，並且避免將青少年作為刑罰對象。

第二項 兒少性自主權之討論

法官提及父母在於孩子青春期時對於性教育的啟蒙其實很重要。西方家長對孩子之性意識啟蒙較為全面完整，反觀台灣雖依教育基本法國民教育已延長為十二年，但對於性教育卻仍不重視。整個社會對「性活動」仍是抱持著恐慌、避而不談的態度，因此不鼓勵未成年人去認識、更不鼓勵學校去教，尤其在少子化社會之下，父母對此的擔憂會更高彰。同時也提及根據兒童權利公約（以下稱 CRC），應該盡量將孩子視為主體，若能先釐清如何支持青少年之人格尊嚴，才有機會進一步解決兒少性自主的問題，否則沿用替代決定模式之思維，只會繼續使得司法干涉兒童做出健全自主決定。

檢察官提及對於青少年性自主權、性自主能力除討論性行為外，還必須討論其是否夠成熟至能夠體認、承擔其後果。我們經常會以中產階級或是自身角度去設想他人處境，沒辦法真正理解會產生兩小無猜案件的族群或是案件主體的情況。且在台灣社會脈絡之下，長輩經常不尊重小孩身體自主權，使得此議題難以進一步討論。此外，當事人是否能實現真正的自主，往往仰賴社福機構是否提供足夠資訊供青少年思考。

主任檢察官認為無論年齡、性別應都有性自主權，討論應聚焦於是否有同意之能力，在年齡較小的案件中，可以觀察未成年人是否有同意的能力。而參照經濟社會文化權利國際公約第 14 號一般性意見，未成年人應也有掌握自己性和生育自由的權力，但考量我國教育進程，對於年齡較低之兒少是否具有性同意權仍需審慎思考，意即於法律明定年齡界限為必要。性同意權年齡分界門檻，除考量少年生理、心理發展外，亦需考量我國義務教育年齡、可結婚年齡、可工作及自立之年齡，以能周顧衍生之懷孕、育兒問題。

小兒神經科醫師認為，所謂有性自主權除具備性知識外，還要有生理與心理的成熟度（sex consent 應該是生理跟心理都認知到行為的前因後果，才為同意。）例如就女生而言，多數發生性行為主要是為維繫感情，因此應該要了解發生性行為可能造成之後果，例如：感染、懷孕等等。在醫學研究上也有結論，過早性行為在心理負擔上往往使得負面影響多於正面影響。同時，醫師認為在醫學上，16 歲以上在理解功能跟認知功能上，已經可以比較理解行為的前因後果。

社福單位認為對兒少的過度保護，將會導致兒少的性自主能力被弱化。而社福單位與社會對話時發現雖然已經開始對兒少做性教育，但是卻缺乏家長的性教育課程，因此家長和孩子在性方面理解出現落差，也進一步在修法的推動中，家長的反對聲浪很大，而孩子的聲音無法出現在民意代表中。

綜上所述，專家基本肯認兒少有性自主權，且也有 CRC 之法理基礎，對於兒少之性自主應該聚焦於是否有同意權之討論，且應該投注更多資源在性教育相關推廣，使得社會能有更多對話空間。

第三項 第一次座談會專家建議之修法方向

綜合座談會之修法方向建議，專家認為有關兩小無猜案件，應該以教育輔導先行模式提供相關知能，而不適合以刑法處罰方式待之，然而，此議題各界意見分歧，雖在司法改革國是會議上提出，卻也難立即改變，因此可以分以下階段，建議修正如下：

第一階段：參照美國「年齡差距條款」（age gap provisions），增列兩小無猜年齡差距 2 至 4 歲情形下，予以除罪之規定。

第二階段：參考社福單位主張修改「性別平等教育法」及「兒童及少年福利與權益保障法」，對於現行的兩小無猜案件，不再以「性侵害」案件處理，而改以「未成年人親密關係事件」方式處理，讓學校或社工以教育或輔導方式，處理未成年人的家庭、親子、親密關係問題。

第二節 第二次焦點座談會結論彙整

第一項 針對擬修正之第 227 條條文內容之討論

本計畫經進行多國立法例之研議後，決議借鑑德國「絕對保護／相對保護」之立法模式為修正方向—即以 14 歲為分界點，對於 14 歲以下之兒童為性相關行為採行絕對保護，而 14 歲以上未滿 16 歲之青少年則改採相對保護之規範模式。本計畫進而擬定刑法第 227 條之修正條文如上，並提請座談會專家表達意見。

條號	現行條文	擬修正條文
§227I	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。	不予更動。
§227II	對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。	
§227III	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。	對於十四歲以上未滿十六歲之男女，有下列情形而為性交者，處 <u> </u> 年以下有期徒刑。 1) <u>利用明顯優於被害人之性智識程度。</u> 2) <u>利用其面臨受迫情狀。</u> 3) <u>基於對價關係而與之發生性交。</u> 4) <u>其他貶抑、壓制其性自主權之行為而與其發生性行為者。</u>
§227IV	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。	對於十四歲以上未滿十六歲之男女，有下列情形而為猥褻者，處 <u> </u> 年以下有期徒刑。 1) <u>利用明顯優於被害人之性智識程度。</u> 2) <u>利用其面臨受迫情狀。</u> 3) <u>基於對價關係而與之發生性交。</u> 4) <u>其他貶抑、壓制其性自主權之行為而與其發生性行為者。</u>
§227V	第一項、第三項之未遂犯罰之。	不予更動。
§227 條之 1	十八歲以下之人犯前條之罪者，減輕或免除其刑。	<u>刪除。</u>
§229 條之 1	對配偶犯第二百二十一條、第二百二十四條之罪者，或未滿十八歲之人犯第二百二十七條之罪者，須告訴乃論。	對配偶犯第二百二十一條、第二百二十四條之罪者，須告訴乃論。

針對外國立法例之參考，婦產科醫師認為採行美國之年齡差距條款較為妥適，蓋其較擬定條文中「優越智識程度」、「受迫情形」等文字更為直觀與明確，人民之接受度可能較高。然而，法官與主任調查官則均肯認採行德國制度而非美國之「年齡差距條款」模式為立法。法官認為採行年齡差距條款，將致使審判者跳過雙方互動「情狀」之個案

認定，逕以年齡外觀判定有罪於否，過於粗糙。惟其亦表示，以互動「情狀」認定是否入罪雖具有彈性，然實務上該如何去推行，修正條文與立法理由未明確規範，恐造成偵查與審判機關權限過度擴張。而主任調查官亦表示，為避免實務操作上之困難，應於立法理由中，就入罪化之情狀為明確解釋。

綜上所述，計畫所採行之相對保護／絕對保護立法模式，獲得偵審機關之肯定。惟條文內容之擬定，應於立法理由中，以例示方式詳盡說明入罪之情狀，並應將相類似之情狀合併。如此將可避免實務適用上致生疑義，亦使得民眾得以理解修法之內涵。

第二項 針對擬修正之第 227 條之一條文內容之討論

考量到未滿 18 歲之人觸犯刑法會優先適用少年事件處理法，且刑法第 227 條並非最輕本刑 5 年以上之罪，未滿 18 歲之人至多受到保護處分。而擬修正條文之刑法第 227 條已改採相對／絕對保護之立法模式，意即僅有惡性重大移送至檢察官進入少年刑事程序之行為人會適用本條，殊難想像其存有可免除其刑之態樣。故本研究認為，量刑規定回歸刑法總則第 18 條得減輕其刑規定之適用即可，刑法第 227-1 條之規定應無續存之必要而予以刪除。

就上述之兩小無猜條款刪除之更動，婦產科醫師表示刪除本條符合前列修正之邏輯，故予以贊同。然法官表示即使適用新修正之絕對／相對保護之立法模式，實務上仍可能出現因舉證、量刑上之瑕疵，而須適用第 227 條之一之情形，故不建議刪除以保留司法實務工作者一個裁量的空間。

第三項 針對強制通報制度去留之討論

依照現行《性侵害犯罪防治法》之明文，刑法第 227 條之情形亦屬該法認定之性侵害案件，故醫事、社工、教育等第一線人員知有疑似案例時，即有強制通報之義務。法官與主任調查官一致認為現行刑法第 227 條之情形係屬雙方合意，如認定為此條之情形，自始即不應落入該法性侵害案件之範疇，而不須為通報。研究團隊就此論述提出質疑，蓋案件究竟是否屬於意願違反之性侵害情形，均須經調查始可確認。上開建議將使判斷之任務落於第一線之人員，不僅將使其承受壓力，此等第一線人員是否具有判斷能力，以及其判斷能力是否受到信任都仍存疑。就此，神經科醫師亦表示現行法終究通報之程序訂有二十四小時之時限，能否在如此短暫時間內做成判定實須在為考量。然而，主任調查官與社福機構均表示新制度之上路造成第一線人員之衝擊實在所難免，惟隨著時間運行，第一線人員自會發展出一套通報之準則，且如有短時間內無法判定之爭議樣態，第一線人員亦可逕為通報，將案件交由專責之司法機關處理。

第六章 質性訪談之意見彙整

本計畫於 2019 年 12 月 7 日、2020 年 1 月 31 日、2 月 5 日、3 月 3 日共進行四次之質性訪談，訪談對象為經手過刑法第 227 條相關案件之法官、檢察官各二位。內容聚焦於法官以及檢察官處理未成年性行為相關案件之經驗，以第一線實務之角度揭露現行法適用上可能面臨之問題，進而衍生出可行之修正方向，並對本計畫擬採行之比較法制及擬訂之修正條款為評述，以下將針對四場質性訪談之結果，分列為「兒少性相關案件之經驗與觀察」、「現行法制之評述」與「整體修正方向之建議」三點，總結如下：

第一節 兒少性相關案件之經驗與觀察

第一項 真實兩小無猜案件多會於程序前端解決

偵查實務上，針對行為人被害人雙方具有感情基礎，而僅是兩小無猜或是雙方年齡差距不大而合意性交之情形，多會朝向緩起訴處分進行處理。此種案件雖被害人以及法定代理人均無提出告訴之意思，然為求程序得及早確定，檢察官會在向被害人及其法定代理人曉諭刑事訴訟法第 256 條規定後，請法定代理人先行提出告訴，並同意檢察官為緩起訴處分，避免案件尚需經再議程序。於上開緩起訴之情形，檢察官仍會視行為人之工作、資力、經濟狀況，斟酌施以刑事訴訟法第 253-2 條之負擔條件。

第二項 進入法院程序之原因各異

檢察官指出，通常會進入法院的案件，除了一方年齡過小或是雙方年齡差距極大外，多半是因為法定代理人不願意和解而堅持要提告。究其原因，多係認為其子女與他人進行性行為而感到「吃虧」。一方分手後出於報復心理而提告，亦是實務上接觸過之情形。此外，更有出於取得和解金之目的，而提告欲以刑逼民之情況存在，惟實務上針對此種案件，就不會積極促使雙方和解。再者，誠如前述，兩小無猜之案件多會於程序之前階段即解決。縱使進入到一審法院，法官亦可能斟酌雙方為兩小無猜之情狀而宣告緩刑。

第二節 未成年人於程序中之負擔

少年刑事案件之偵查以及審判，均係依循「少年事件處理法」來處理，因此少年犯除了偵查中不得羈押、被隔離訊問外，審判程序亦均不公開，與一般刑事訴訟法上之審理程序以及可能面臨之負擔大大不同。針對未成年人涉犯刑法第 227 條之相關案件，地檢署更特別設有配置沙發、圓桌之「溫馨談話室」以供偵查，亦在程序中引入社工之陪同，使得未成年人及其法定代理人可以為

較自由、沒有壓力的陳述。

第三節 現行法制之評述

第一項 無修正之必要

針對我國現行法制，有認為 16 歲以下之未成年人對於性相關行為之認識仍非健全，而有受法律全面保護之必要。並表明針對未成年人為性相關行為之案件處理，在司法體系外之社會扶助、教育體系尚難調周全之情形下，實不應貿然推動除罪化。

檢察官並重申其對現行少年法庭效能與資源之信賴，依照現行制度，未成年人如觸犯刑法 227 條所列之罪行，係進入少年法院之體系，並視個案事實而分為少年保護事件以及應移送檢察官之少年刑事案件。誠如上述，檢察官認為即便是少年刑事案件，其所適用之偵查及審判程序，都是以「少年事件處理法」來處理，不致產生過重之程序負擔；針對少年保護事件之情形，未成年人經歷輔導、交付管教、保護處分等程序後，將對於性方面以及其相關法制將會有更周全之認識，不失為一種教育之管道，亦利於防免未成年人再觸犯相關法條。

第二項 有修正之必要

第一款 現行法下之年齡分界缺乏實證數據支持

法官雖指明因未成年人之身心發育牽涉我國性教育之發展，對此社會尚缺乏青年應於何等年齡具備性自主權定權之共識。因此保有現行法上以年齡分界之認定方式有其必要，然而，法官亦指出現行法上之年齡分界，觀其立法理由實欠缺醫學或心理評估此類科學實證加以輔佐（如醫學上認為生理上性成熟以及心理上性成熟之年齡各為幾歲），而有參酌各領域專家之意見修正之需求。

第二款 法律規定之年齡門檻應順應社會發展下修

受訪談者均表示隨著社會發展，除了從外表或言談不見得能夠判斷出其是否為未成年人外。其性相關資訊之獲取門檻亦隨網際網路之普遍而降低，此亦反映在未成年人者認知並接觸、從事性行為之年齡不斷下修之現象上。故認為本法之立法初衷既係在於保護未成年人之身心健全發展，現行法之年齡標準亦應有順應修正之空間。

第四節 整體修正方向之建議

整體之修正應特定除罪化之標的，係僅限於雙方互為原告及被告之情形（即雙方皆未滿十六歲），抑或是一方已經超過 16 歲亦一併除罪，如屬後者則要有有充足的理由，以避免修法推動上之困難。承前段所述，受訪者們自實務觀察可發現未成年人趨於性早熟之情形，亦肯認應尊重少年有部分之性自主權之修正方向。然針對擬修正之年齡門檻，仍表示應參酌醫學上針對青少年生理、心理發展之研究，以劃立具有評估對當事人的生理及心理影響。

經提供本計畫期中報告所擬定之修法草案予受訪者參酌後，法官針對擬修正條文第 227 條之一、二、四款提出建議。認為第一款「利用明顯優於被害人之性智識程度。」未明文如何證明優越之認知將使實務操作上無所適從，另亦質疑本款入罪化之立法理由不夠堅實。而針對第二款「利用其面臨受迫情狀。」以及第四款「其他貶抑、壓制其性自主權之行為而與其發生性行為者。」之部分，建議應將所謂受迫情狀之態樣例示於法條，以避免與刑法第 221、第 224 條強暴脅迫的要件相重疊混淆。另外，檢察官特別提出，實務上被害人之法定代理人對於涉及第 227 條之案件，家長經常會一併提出刑法第 240 條之和誘罪以及刑法第 241 條略誘罪之告訴，故縱使未來對於未成年人犯刑法第 227 條之罪的情形予以除罪化，家長仍有可能以尋求其他罪名來達成提告目的。

第七章 現行法制問題之綜合分析

根據本計畫回顧的文獻內容，刑法第 227 條係以未成年人身心健全成長的權利作為保護法益，客觀上行為人必須以和平非暴力的方式並與未成年人達成合意而為性交或猥褻，主觀上行為人必須對於未成年人的年齡屬於本罪之構成要件年齡有間接故意，方得成立刑法第 227 條之罪。

自目前兩小無猜案件在少年事件處理程序中之現狀來看，兩小無猜案件之當事人多不認為自己是被害人也因此不願意提告，但法定代理人多有認為自己子女受到欺侮或是想藉由兩小無猜案件獲得賠償金或和解金。因此兩小無猜的當事人在程序中陷於法定代理人 and 伴侶間的兩難，同時也與法定代理人堅持提告的立場產生衝突。此外，未成年人合意性行為卻引起國家高密度的程序介入，雖然出發點係為保障未成年人之身心健全發展；但此做法是否亦對未成年人的心理產生負擔，甚至反過來認為自己做了一件應被非難的壞事，而受心理上的煎熬。綜上所述，現在處理兩小無猜案件的程序機制，無論是否要繼續以司法程序處理之，或是強制通報機制是否應予維持，皆應有分析討論之必要。下文將分別自實體和程序的角度論述本計畫之立法和政策修改建議。

第一節 實體方面之爭議評析

第一項 刑法第 227 條之保護法益是否應回歸對性自主權的保護

刑法第 227 條之保護法益原先在立法階段應係性自主，但在後來學說與實務的發展上，多有認為刑法第 227 條之保護法益主要係兒童之身心健康成長權利，此部分已於前述。誠然，未成年人的身心健康成長權利係需要保護的重要法益；然而兒童作為獨立之個體，其性自主權亦應受到與其年齡與成熟度相應的尊重與保護。同時，刑法第 227 條對於兒童的保障，與其認為是兒童健全發展的權利，毋寧是兒童健全行使性自主權的權利，只是在立法上應區分兒童不同階段的成熟度及對性的認知，而施予不同密度程度的保護，以確保兒童得以健全成長。在本計畫執行的質性訪談中，亦有法官認為刑法第 227 條既然規範於妨害性自主罪章，「代表其核心保護法益在於『被害人意願之違反』。而本條之設立目的即在於，特定年齡範疇之被害人，其性自主能力是有瑕疵的（詳見本計畫報告附錄三）。」

刑法於 1999 年修正時，之所以將原先訂於妨害風化之罪獨立訂於妨害性自主罪章，即係因為原本的立法方式導致被害人認為遭強制性交或猥褻有害其名節，使被害人承受莫大的心理傷痛。因此立法者最終將強制性交和強制猥褻等罪另立妨害性自主罪章，使這類犯罪不再是一種對於社會風俗的破壞，而是一種對於個人的性和身體的自主控制權的侵害，現在刑法第 227 條各罪亦在 1999 年的修正時，被一併移至妨害性自主罪章。如果未成年人間的合意性行為繼續適用刑法第 227 條之罪，並因此引起國家高強度的介入，是否會使未成年人不禁認為其合意性交行為是一種破壞他人身心健全成長權利的行

為，進而認為自身的行為應係一種會引起社會整體非難的行為？而法定代理人認為子女不該這麼早有性行為，或是認為自己的子女受到欺侮的想法，似乎是一種子女的身心健全成長遭到破壞、玷污的立場，此似乎無形中亦對於未成年人產生非難的效果。

而若將刑法第 227 條的保護法益定義為性自主的保護，我們該判斷的便不是未成年人是否已經脫離社會所想像的身心健全成長狀況，而是根據未成年人的年齡和成熟度判斷其是否係健全地行使符合其成熟度的性自主權，來判斷未成年人的性行為是否屬於各自理性行使性自主權下的結果。在這樣的思考脈絡下，展現的是法律對兒童作為權利主體的尊重；法律不再是想像一種兒童健全成長的狀態，而是基於輔助的角度確保兒童有能力和條件行使與其能力相應的性自主權，使其未來得以成熟地行使個人的性自主權。

綜上所述，刑法第 227 條的保護法益應回歸當初 1999 年立法者設定的性自主權，並根據未成年人的年齡和成熟程度，給予程度密度不同的保護，俾使未成年人對於個人的性和身體的自主控制權能獲得法律的尊重與保護。

第二項 刑法第 227 條之年齡門檻之正當性與是否有予以調整之必要

刑法第 227 條之保護法益，依現行通說既係為保護兒少之「自我身心健全成長之權利」，然法條規範對象涵蓋對象之廣，自強裸中之嬰兒至高中生均為本條之客體。故有論者認為此條在保護稚齡幼童的同時，亦變相成為一種青少年的性禁令²⁰⁹。如係國高中之青少年間互有合意發生性相關活動，縱使在多數成年人看來不夠「成熟」、「理性」，然究其本質會對青少年之人格發展造成何等不利益，實缺乏更近一步之論理²¹⁰。

是故，關於本條所涵括之兒童及青少年，論者認為應重新思考國家權力介入之必要與正當性。關於兒童之部分，於心智成熟度，其不具備有足夠之判斷力，進而亦無法給予有效之同意；於身體構造，其亦未發展至可接納性相關之活動，故與其從事任何性相關行為，無論是否得其同意，均屬於對其健全發展之侵害，就此部分具有絕對之可罰性，國家應強制介入²¹¹。然隨著社會變遷，青少年發育早熟，有生理上之慾望與需求亦是人之常情。如非長期且經常之性相關活動，未必會侵害其身心健全發展，國家於此階段應居於從旁協助、輔導之角色²¹²。

綜上可知，現行法未參酌國人之身心發展成熟度適時調整，而將任何與十六歲以下之未成年人發生性相關活動者皆入罪化，難謂恰當。針對十四歲以上未滿十六歲之青少

²⁰⁹ 蔡聖偉，臺灣刑法中保護性自主決定的制裁規範—現行法制的介紹以及未來修法的展望，月旦刑事法評論第 3 期，頁 15-17（2016）。

²¹⁰ 許澤天，刑法第 227 條作為青少年的性禁忌迷思—最高院 99 年台上 497 判決，台灣法學雜誌，242 期，頁 180（2014）。

²¹¹ 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，月旦法學雜誌第 152 期，頁 220（2008）。

²¹² 同前註，頁 221-223。

年，實已具備較為健全之性知識，故與之發生性相關行為，除涉及不當利用其脆弱處境之情形下應以刑法相繩外，應肯認並尊重其性自主權。

本計畫根據衛福部國民健康署之調查報告發現，在高中階段以前有過性經驗者，其第一次性經驗的年齡接近一半係 16 歲至 17 歲，又有近 20% 的受訪樣本是在 14 歲以前有性經驗（參見本計畫報告註一）。而根據本計畫所執行之質性訪談結果來看，有檢察官認為 16 歲界線對於檢察官實務而言是適當之規定（詳參本計畫報告附錄一）；另有檢察官認為，若認為刑法第 227 條之保護法益係未成年人之身心健全發展，似乎可以將刑法第 227 條之年齡下修，未必要維持在 16 歲（詳參本計畫報告附錄二）；有法官則認為，目前以年齡區分性自主的方式不需要修正，但因為劃分之年齡缺乏實證依據，因此在是否具備性自主能力時，應綜合多方意見及科學實證基礎作為輔助（詳參本計畫報告附錄三）；另有法官認為，考量現在性知識獲取的容易程度，並不反對肯認未成年人有部分性自主能力，但仍應有醫學上論述及評估對當事人生理和心理的影響（詳參本計畫報告附錄四）。在本計畫舉行之第一次專家焦點座談會上，小兒神經科張鈺孜醫師主任表示，醫學上大部分同意 16 歲以上是女性生理結構比較成熟，因此許多國家認為至少 16 歲較適合發生性行為；此外，醫學上也認為 16 歲以上比較能理解行為的前因後果（詳參本計畫報告附錄五）。從上述衛福部的統計及專家學者的意見來看，16 歲為相對有實證依據的年齡劃分依據，但 14 歲則目前稍嫌缺乏相關的數據或是實證上的觀察，來佐證其合理性。因此本計畫認為，刑法第 227 條所進行的年齡劃分在目前看來應無修正的必要。

第三項 刑法第 227 條應改為絕對／相對保護模式

刑法第 227 條應回歸對性自主的保護，並且按照未成年人的年齡和成熟度施予不同密度的保護已如前述。本計畫認為，在刑法第 227 條回歸對性自主的保護後，下一個問題應是思考兒童在發展至何種程度後，具備一定的性自主權行使能力，而法律必須給予尊重。我國刑法第 227 條的年齡劃分，雖然在立法理由中未見實證上的依據，但從目前統計和司法實務的觀察而言，似乎未有加以修正的必要已如前述。是以應就現行法 14 歲及 16 歲的劃分標準進行不同密度的性自主權行使保護。

首先需處理的問題是，究竟在幾歲以下的未成年人的性行為需要受到最高密度的保護？從前述最高法院的實務判決分析來看，最高法院似乎較無分歧地認為滿 14 歲但未滿 16 歲之人具有性的合意能力，14 歲以下之人則留有分歧。若從外國法制與未成年人為性交且非性交易之處罰規定而言，美國法因各州情形各異，就未成年人為性同意的最低年齡門檻調整趨勢，是從 10 歲一路向上調整到 14、16 歲，又以 16 歲為美國聯邦、美國多數州及模範刑法典所採，同時有過半數的州採取年齡差距條款，以避免年紀過長之行為人利用其較被害人成熟之心智說服被害人與之為性行為；德國刑法典以性自主為其保護法益，但對於與未成年人性交的的處罰規定則是以 14 歲為年齡分界，行為人若與未滿 14 歲之人為性行為一律會受到刑事法律追訴，只是若有像是我國兩小無猜的情

形發生時，得以透過程序上由檢察官予以不追訴或由法官停止程序；在日本法方面對於兒童的性成長方面的保護規定，散落在中央及各地方自治團體的法律中，但概括而言是以 13 歲和 18 歲作為不同保護密度的年齡區分門檻，與未滿 13 歲之人為性行為則論處刑法強制性交或強制猥褻罪，與未滿 18 歲之人為性行為則會違反各地方自治團體的保護育成條例而受有處罰，但各自治團體皆排除未滿 18 歲之行為人適用各自治團體之育成條例的處罰規定。從上述外國法制的歸納，各國法雖然在未成年人性方面同意的年齡門檻各有不同，13、14 歲似乎是一個各國法規範肯認未成年人的性同意有效的最低年齡底線，並對於未滿 13 或 14 歲之未成年人施予較嚴密之保護。而我國刑法第 227 條之年齡劃分，雖然無法從立法歷程或立法理由上找到規定的正當性，自法規範實踐的結果而言似乎仍具有正當性，是以 14 歲以下之未成年人在我國應賦予較高密度的性自主權保護。換言之，在未成年人年滿 14 歲之前，相較於優先尊重未成年人的性自主權行使，更應由國家法律介入予以保護，使其對性的認知和身體能力發展逐漸成熟，因此國家刑法應對於 14 歲以下之人給予絕對的保護。

再就 14 歲以上但未滿 16 歲之未成年人而言，在權衡國家介入保護與對未成年人性自主權行使的尊重上，法律應更尊重 14 歲以上未滿 16 歲之未成年人的性自主權行使。首先就醫學的角度而言，未成年人在 16 歲時方具有較成熟的認知能力及生理條件為性行為；再就統計方面的數據來看，根據本計畫註腳一的統計數據，14 歲以下及 15 歲發生第一次性行為之未成年人比例相近，從此統計數據亦可推論 15 歲已屬於未成年人積極探索性並行使性自主權的年紀。因此未成年人在 14 歲以上未滿 16 歲，應屬於尚需國家法律予以一定的保護，但應給予未成年人的性主權行使有更多尊重的階段。如刑法第 227 條之當事人，係積極探索性知識和積極行使性自主權的 14 歲以上未滿 16 歲的未成年人，此時國家法律是否仍有必要積極介入未成年人的性自主權行使，便產生疑問。

在 CRC 中，對於兒童的性同意問題，表達支持設定兒童有權為性同意的年齡的立場。例如在 CRC 第 4 號一般性意見「在《兒童權利公約》框架內青少年的健康和發展」第 9 點意見表示：「……在關於青少年健康和發展權方面，締約國必須確保根據國內法保障各項具體法律條款，包括確定在未徵求家長同意情況下，表示性同意、婚姻和給予可能的醫學治療的最低年齡……。」，CRC 第 20 號一般性意見「關於在青少年期落實兒童權利」，第 40 點意見表示：「……締約國應考慮到，必須在保護與不同階段接受能力之間取得平衡，在確定同意性行為的法律年齡時界定一個可接受的最低年齡。各國應避免將年齡相近的青少年進行的事實上同意，和非剝削性的性活動定為犯罪。」。從 CRC 的一般性意見來看，不僅同意設定兒童表示性同意的年齡，也在非剝削的情況下支持未成年人相互表達性的同意。14 歲以上但未滿 16 歲之未成年人固然仍屬刑法第 227 條的保護主體，但衡諸於此階段未成年人的性方面發展程度及身體能力，宜適度尊重未成年人的性自主權行使。因此國家應積極評價 14 歲以上未滿 16 歲之未成年人的性自主權行使結果，只要此階段未成年人對於彼此當下進行之性行為有共同的認知與合意，國家法律便應尊重未成年人性自主權的積極行使，而認為此類案件不應以刑法第 227 條處罰

之。是以刑法第 227 條在處罰與滿 14 歲未滿 16 歲之未成年性交或猥褻時，應排除未成年人積極行使性自主權之情形。

最後，如果刑法第 227 條採取對未滿 14 歲之未成人人採取絕對保護模式，而對於 14 歲以上未滿 16 歲之未成人採取相對保護模式，使 14 歲以上未滿 16 歲之未成人人在有共同的認知與合意下所為的性行為不受刑法處罰，按照刑法第 227 條之 1 之立法目的似乎便已達成而未必有存在之必要。但本計畫認為，為使法院仍能發揮國家最終的權利救濟途徑的功能，仍應使法院得以針對個案情形評估，以刑法第 227 條各項之罪相繩是否過於嚴苛，而評估應否給予刑罰上之優惠，以避免個案之正義無法在司法程序中獲得實現。因此刑法第 227 條之 1 應從一律減刑或免除其刑的規定，改為得由法官進行最終的裁量。

第二節 程序方面之爭議評析

第一項 處理兩小無猜案件增加司法程序之負擔不符資源有效分配

有論者提及，犯罪行為人會於著手前衡量預期利益與可能面臨之制裁強度與受制裁之機率。故如犯罪之制裁率低，制裁之強度即須越趨強硬。然而，政府每年分配予犯罪防治之預算有限，預算之投入與防治成效是否符合經濟效益，即強硬之制裁是否助於立法目的之達成，抑或是有異於刑罰之手段得採取，以利資源更有效之利用，實可透過法律經濟分析之方法窺探之²¹³。

針對雙方皆為 16 歲以下之未成年為合意性交之情形，論者認為立法者於立法之初，應係抱持著此類案件不會實際進入司法程序之認知²¹⁴。因此等情形多屬兩小無猜案件，刑法於第 229 條之一中明文須告訴乃論，而具有感情基礎之行為人雙方多不會互為告訴，其法定代理人考量到一旦提告，雙方將陷於同時為第 227 條之被害人與加害人之不利益下，亦不一定會提出告訴。

然因刑法第 227 條亦屬《性侵害犯罪防治法》第 2 條規範之性侵害態樣之一，同法第 8 條第一項即強制教育人員須在 24 小時內向主管機關通報。而在刑事訴訟法第 233 條第一項規定「被害人之法定代理人或配偶，得獨立告訴。」之下，實務發展出法定代理人為獲得和解金而執意提告，以刑逼民之情況，且此等案件依社福機構觀察有逐年增加之趨勢²¹⁵。

綜上可知，在法定代理人挾獨立告訴權無端興訟與強制通報義務之推行下，終導致許多本應於程序前端解決之紛爭，大量進入司法程序中，造成司法程序之負擔，似屬立法者始料未及者。

²¹³ 謝哲勝、莊春發、邵慶平、張心悌、楊智傑，法律經濟學（2007）。

²¹⁴ 勵馨基金會，以兩小無猜案件檢視性侵害防治之法律經濟分析，頁 9-10。

²¹⁵ 同前註，頁 10-12。

雖每年兩小無猜案件數量與定罪人數無從得知，然經比較多年之校園性侵害通報人數與法務部 14 歲至 18 歲之性侵害案件裁判確定有罪人數後，可發見此區間之行為人被判處有罪確定之數量，與前開通報而進入程序之龐大數量不成比例，而實務上處理此兩小無猜相關案件，經統計估算國家所支出之司法成本，高達二億餘元，佔全部性侵害犯罪總成本之百分之十一。司法成本之消耗，自可從此數量差距中凸顯出來²¹⁶。

綜上所述，國家每年將耗費龐大之成本處理最終多會和解之兩小無猜案件，不僅不符合資源有效之分配，亦難期待其達成威嚇之目的。實則，若能透過現行法之修正避免此等案件進入並消耗司法資源，甚至將此等成本投入教育，事前之預防都較事後處遇更具有犯罪防治之效益。

第二項 未成年人面臨之程序負擔

承前所述，獨立告訴權之存在，導致青少年之法定代理人多會將追訴作為報復工具，身為事件主體之當事人雙方，在此程序中往往受到忽視與傷害²¹⁷。此一本係為保障未成年人心身健全發展之法律，卻在實行上造成昔日情侶對簿公堂、互相追溯之情狀。故有論者更批評，相較於無法說明法益侵害所在之性行為本身，成年人以此規定以刑逼民、強迫斷絕往來之處理方式，更可能殘害青少年身心之發展²¹⁸。

民間團體亦擔心司法程序具有之「污點性」，將使青年人被貼標籤，並致生心理、家庭關係衝擊、如何回歸社會等問題。同時其亦對此等程序之教育功能抱存質疑。蓋刑罰之執行無助於教育青少年建立健康正向之情感關係，亦阻卻家長與學校在此議題的引導教育責任²¹⁹。

第三項 強制通報機制是否應予以維持

依照性侵害犯罪防治法第 8 條、兒童及少年福利與權益保障法第 53 條之明文，相關人員如於執行職務時知悉有疑似性侵害犯罪事實者，應於 24 小時內即向主管機關通報，就此教育部亦擬定相關處理流程詳細規範責任通報流程²²⁰。因此學校一旦查知有可能之情事，即具有強制通報之義務，其中不乏少年間兩情相悅之「兩小無猜」情況。

此強制通報機制固然是希望校園內發生性侵害案件能儘快處置，降低對受害者之傷害，不使加害者逍遙法外。然而，在兩小無猜案件中，行為人更需要的應該是教育輔導而非繁重的調查程序，現行的強制通報機制可能使得教育第一現場師生間失去信任關係，

²¹⁶ 同前註，頁 18-24。所謂司法成本，係指乃指性侵害犯罪發生，啟動警察調查、偵訊、刑事採證等的警政成本，以及檢察官偵查的法務成本、法院判決的成本與矯治機關的矯治成本。

²¹⁷ 蘇芊玲，前揭註 10，頁 74。

²¹⁸ 許澤天，前揭註 214，頁 184-185。

²¹⁹ 【勵馨投書】勵馨基金會呼籲—兩小無猜除罪化，非全面廢除刑法 227，財團法人勵馨社會福利事業基金會：

https://www.goh.org.tw/mobile/news_detail.asp?PKey=aBSNaB32aBHQaB30aBLIaB35&Class1=aBMMaB32
(最後點閱時間：2019 年 8 月 28 日)

²²⁰ 《各級學校及幼稚園通報兒童及少年保護與家庭暴力及性侵害事件注意事項及處理流程》

導致學校面臨兩難，更難以在司法程序前先以教育方式達到保護青少年健康身心發展之目的。

不過，強制通報機制仍有其存在之必要，但應思考要如何及早將兩小無猜案件排除於此機制之外，讓此類案件能夠減少進入司法調查程序的可能，使得資源能夠投入教育現場，對青少年達到更完整的輔導效用。而此機制在未來兩小無猜條款修法後應如何修正，仍需仰賴教育現場之觀察與實踐才能有更細緻之運作標準。

第三節 小結

以實體面而言，刑法第 227 條之保護法益應回歸性自主權之保護，在此基礎之下尊重兒童作為權利主體之地位，使得未成年人能夠依其身心成熟之程度受到法律不同程度的保護。而對於刑法第 227 條目前所規範之年齡門檻，雖在立法理由中未能確認訂定 14 歲或 16 歲之理由，也似乎未有強力之實證數據支持，但經本計畫檢索判決及質性訪談結果，此年齡門檻尚稱適當。不過，立法者仍應觀察社會教育文化之變遷，在未來對此年齡門檻有與時俱進的修正。綜上所述，研究團隊最後決議仍先以現行法之年齡門檻訂立絕對／相對保護模式，使得青少年之性自主權能夠得到更完整之保障。

以程序面而言，兩小無猜案件在部分法定代理人堅持興訟之影響之下，造成我國為處理未成年間合意性行為之事件，消耗大量司法成本，並帶給司法程序預期之外的負擔。若能將此筆經費投注於教育，青少年是否就能對親密關係中的性行為有更成熟之認識。另一方面，若執意將兩小案件送入司法程序中處理，對於青少年必須面對之調查以及法庭上之爭執，更可能使得青少年之身心發展受到損害，致生心理、家庭關係衝擊、如何回歸社會等問題。而有關現行在妨礙性自主案件中的強制通報機制，也應該在兩小無猜案件中有所調整，盡量使青少年間合意性行為事件能夠在第一線就排除於司法之外，並應該促使學校教育能夠更積極處理此類事件。

第八章 政策建議

現行法律之適用下，致生之爭議已如上所陳。未成年人仍存保護之必要，不宜全面除罪化，雖屬學說以及民間團體之共識，然其修法方向實則各異²²¹。本文經綜合研究前述美、日、德與瑞典四國之規範模式後，認若採行美國之年齡差距條款，恐將導致執法者逕以年齡外觀判定，而非針對個案予以審酌之情形。相對而言，德國「絕對保護／相對保護」立法模式則賦予執法者個案認定之彈性，實可為我國刑法中未成年人性行為管制修正之參酌。

第一節 絕對／相對保護之立法模式

第一項 刑法第 227 條第一項、第二項不予更動

自醫學角度觀之，過早發生性相關行為，將不利於兒童之身心成長。故為保護其身心健全發展，對於與 14 歲以下之人進行性相關行為仍為法所不容，為刑法絕對保護之範疇，現行條文故不予更動。

第二項 刑法第 227 條第三項、第四項則改採例外入罪

然誠如前揭學者均有提及，本條涵蓋範圍之廣，形同將稚齡幼兒與國高中生之性相關行為等同視之。若一律認為進行性相關行為將對其身心發展有害，係有悖於現實之社會發展，因而對於年齡的分界應當適時調整，與時俱進²²²。

經衛生福利部統計，我國國人第一次性行為之年齡約發生於 14 歲以上，現實上應肯認年滿 14 歲以上之青少年具有性相關行為的智識與同意能力。然醫學上多認生理構造趨於成熟之階段為 16 歲，故 16 歲之前仍有以法律保護未成年人之必要。再者，自心理、社會、教育之角度觀之，性乃未成年人發展之重要歷程，在考量未成年人有可能的自主決定能力下，不宜以法律完全禁止。故本計畫擬參考德國刑法絕對／相對立法模式，對於與已具有性相關智識之 14 歲以上未滿 16 歲之未成年人進行性相關行為者，僅其行為可能影響未成年人同意意思之特殊情境，始例外入罪。

所謂例外入罪之情形，係指行為人利用未成年人之「脆弱處境」或是給予對價而與之發生性行為之情形，其中前者係指雙方年齡、學經歷、經濟能力、對性之理解具有極

²²¹ 【聲明】本會對廢除刑法第 227 條之正反雙方意見的回應，婦女新知基金會：<https://www.awakening.org.tw/news/3566>（最後點閱時間：2019 年 9 月 3 日）；【勵馨投書】勵馨基金會呼籲_兩小無猜除罪化，非全面廢除刑法 227，財團法人勵馨社會福利事業基金會：https://www.goh.org.tw/mobile/news_detail.asp?PKey=aBSNaB32aBHQaB30aBLIaB35&Class1=aBMMaB32（最後點閱時間：2019 年 8 月 28 日）

²²² 蔡聖偉，前揭註 213，頁 17。

大之差距或是少年面臨無家可歸、毒癮發作之情形，以兼顧尊重未成年人性自主與避免未成年人受性剝削之目的。

基於兼顧保護未成年人身心健全發展與尊重未成年人性自主之目的，在本計畫採相對保護之立場下，為避免兩小無猜之未成年人因司法程序而發生標籤化或與法定代理人間關係惡化等情況，刑法第 227 條第三項及四項之處罰情形應以下列三種情形為限：

- 1) 利用明顯優於被害人之性智識程度或被害人之脆弱處境。
- 2) 基於對價關係。
- 3) 其他與上述兩款相似而利用被害人性自主權瑕疵之行為。

第三項 刑法第 227 條之一予以保留

本計畫提出之刑法第 227 條修正內容雖已設定未成年人性交應予處罰之要件，但考量到如當事人可能皆未滿 14 歲或其他並非惡性重大之個案情形，本計畫認為仍應保留刑法第 227 條之一，使法官得就上述個案情形為適當的刑罰優惠裁量。

第二節 修正條文對照表

條號	現行條文	擬修正條文	說明
§227I	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。	不予更動。	一、從醫學角度而言，過早發生性行為對於兒童的負面影響多於正面影響。
§227II	對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。		二、從衛生福利部之調查來看，未成年人第一次發生性行為之年齡多發生於 14 歲以上。 三、現行法以 14 歲及 16 歲為分界之結果，並未產生不合理之結果。 四、未滿 14 歲之未成年人，衡量其年齡及成熟程度，國家法律介入保護更優先於尊重其性自主權之行使，因此將 14 歲以下之未成年人列為刑法絕對保護之範疇。

<p>§227III</p>	<p>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。</p>	<p>對於十四歲以上未滿十六歲之男女，有下列情形而為性交者，處<u>年以下有期徒刑。</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1) <u>利用明顯優於被害人</u>之性智識程度或被害人之脆弱處境。 2) <u>基於對價關係。</u> 3) <u>其他與上述兩款相似而利用被害人</u>性自主權瑕疵之行為。 	<p>一、本條修正將與青少年為性行為之入罪情狀明列。</p> <p>二、「脆弱處境」係指雙方年齡、學經歷、經濟能力、對性之理解具有極大之差距或是少年面臨無家可歸、毒癮發作之情形，以兼顧尊重未成人人性自主與避免未成人受性剝削之目的。</p> <p>三、醫學上多同意十六歲屬於女性生理構造較為成熟的階段，因此在十六歲之前仍有以法律保護未成人之必要。</p>
<p>§227IV</p>	<p>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。</p>	<p>對於十四歲以上未滿十六歲之男女，有下列情形而為猥褻者，處<u>年以下有期徒刑。</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1) <u>利用明顯優於被害人</u>之性智識程度或被害人之脆弱處境。 2) <u>基於對價關係。</u> 3) <u>其他與上述兩款相似而利用被害人</u>性自主權瑕疵之行為。 	<p>四、本條自妨害風化罪章移至妨害性自主罪章，顯見性自主為本罪之保護法益。</p> <p>五、兒童權利公約第4號一般性意見第9點意見認為應規範兒童表示性同意之最低年齡；兒童權利公約第20號一般性意見第40點意見亦認為，應規定兒童表示性同意之最低年齡，並認為不應以刑罰處罰青少年非基於性剝削的性活動同意。</p> <p>六、本條對於與未成人性交之行為，除絕對保護未滿十四歲之未成人外，對於十四歲以上未滿十六歲者，應將基於共同認知與同意而為的性行為自本罪之處罰範圍排除，僅例外處罰行為人與未成年被害人間之性行為係基於對</p>

			價關係、未成年人之脆弱處境，或其他相似而利用未成年被害人性自主權之瑕疵之行為以兼顧尊重未成年人性自主與避免未成年人受性剝削之目的。
§227V	第一項、第三項之未遂犯罰之。	不予更動。	
§227-1	十八歲以下之人犯前條之罪者，減輕或免除其刑。	十八歲以下之人犯前條之罪者，得減輕或免除其刑。	考量到第 227 條第 3、4 項，把處罰情形限縮利用性的優越認知、權力濫用的等惡性重大之情狀，故交由法官於個案中認定刑度，而不一併適用必減輕或免除其刑的優惠。
§229-1	對配偶犯第二百二十一條、第二百二十四條之罪者，或未滿十八歲之人犯第二百二十七條之罪者，須告訴乃論。	不予更動。	

第三節 修正草案與相關條文之關係

第一項 刑法第 221、227、228 條之間競合關係討論

第一款 刑法第 227 條與第 228 條應不產生競合關係

最高法院 107 年台上字第 1147 號刑事判決認為：「惟按刑法第 228 條第 1 項之利用權勢性交罪，係因加害之行為人與被害人間具有親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他類似之關係，而利用此權勢或機會，進行性交，被害人雖同意該行為，無非礙於上揭某程度之服從關係而屈從，性自主意思決定仍受一定程度之壓抑，故獨立列為另一性侵害犯罪類型，如係利用權勢、機會對於未滿 14 歲之人為之，則依吸收理論，應論以同法第 227 條第 1 項之對於未滿 14 歲之女子為性交罪。」是以刑法第 227 條與刑法第 228 條所欲規範之行為態樣有所不同，在對未滿 16 歲之合意性交或猥褻行為案件中，在學說及實務見解中認為刑法第 227 條與刑法第 228 條成立吸收關係，僅成立刑法第 227 條各項之罪。

刑法第 227 條之保護法益應為性自主權已為前述，而刑法第 228 條之保護法益固然係個人之性自主，但其欲規範之行為態樣與刑法第 227 條有所不同。刑法第 227 條應是為了要保護尚未健全、成熟的性自主權行使，並避免他人利用此性自主的不完全發展而與未滿 16 歲之人性交或猥褻之行為。然而在刑法第 228 條之情形，被害人已具備發展完全之性自主權，只是被害人的性自主權受到行為人的權勢所壓抑，難以期待被害人獨立自主行使性自主權。以立法意旨來看，兩者之間處理保護的客體並不相同，刑法第 228 條的主體應該是已經有同意能力之人，但其同意受不對等權勢壓迫，與刑法第 227 條屬於無同意能力或同意能力尚未發展成熟並不相同，因此應不產生任何競合問題。

本計畫案所提出的修正條文中，擬將刑法第 227 條第三、四項之處罰限縮於利用未滿 16 歲之男女陷於脆弱處境而生之性自主權瑕疵情形，此或有可能與刑法第 228 條所要規範之行為產生相似之客觀事實外觀。然而如同前述探討之刑法第 227 條與刑法第 228 條之保護法益差異，本計畫所提出之修法草案係為保護未滿 16 歲之男女未臻成熟之性自主權行使，與發展成熟之性自主權受權勢關係而遭壓抑的情形不同，因此不另成立刑法第 228 條之罪。

第二款 刑法第 225 條係規範不能行使性自主權之情形

刑法第 227 條係為保障未滿 16 歲男女之性自主權，縱其性自主權未臻成熟、完整，其仍有具備行使部分性自主權之能力。惟在刑法第 225 條之情形中，所謂利用「精神、身體障礙、心智缺陷」，按 2005 年刑法修正時刑法第 225 條之修正理由，應符合醫學上之判斷。而在刑法第 225 條中所謂「或其他相類之情形」，依照最高法院 96 年度台上字第 4376 號判決要旨：「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，刑法第 225 條第 1 項設有處罰之明文。其所謂相類之情形，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……。」由此可知，刑法第 225 條所謂「不能或不知抗拒」，係指無能力表達行使性自主權意思之情況，與刑法第 227 條規範以合意且和平之手段進行性交或猥褻行為之情形不同。而在臺灣高等法院暨所屬法院 97 年法律座談會刑事類提案第 7 號中，在 6 歲之兒童身心發育正常，並無身體、精神障礙之情狀，認為並非刑法第 225 條所欲規範之情形，行為人對 6 歲兒童為猥褻應成立刑法第 227 條第二項之罪。

本計畫提出之修正條文中，係將刑法第 227 條第三項、第四項之處罰，限於利用未成熟的性自主權發展，而使未滿 16 歲男女置於性智識的劣等地位或性自主權瑕疵之情形。並非刑法第 225 條中，醫學上之「精神、身體障礙、心智缺陷」或無同意性交之理解能力的「其他相類似之情形」。是以本計畫擬提出之修正條文與刑法第 225 條欲規範之情形有別，應不認擬提出之修正條文將與刑法第 225 條產生法規範適用上之扞格。

第二項 兒童及少年性剝削防制條例之相關討論

有關未成年人身心發展之保護，我國尚訂有兒童及少年性剝削防制條例（下稱兒少性剝削條例）。依兒少性剝削條例第 36 條第一項之明文「拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，將處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」。因此在法條適用上，將可能產生未成年人與未滿 16 歲之人之合意發生性行為，雖性交部分為修法草案所除罪，然過程中所拍攝性行為之照片或影片卻仍受罰之情形，並因此產生罪刑輕重失衡之疑慮。

然觀兒少性剝削條例之立法目的，明文於該法第一條中，在於防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展。不僅與本研究案所聚焦刑法 227 條所保護之兒少性自主權，乃二不同之法益。且相較於單純為性行為，拍攝、製造兒少為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片等，將有進一步流傳、散布之可能，如此不僅對兒少之生理、心理上產生永久且難以平復之傷害，更會對社會有之負面影響，故實有國家已強制力介入管制之必要。進而言之，未成年人縱涉犯兒少性剝削條例第 36 條之規定，因該條之法定行為一年以上七年以下有期徒刑，將不會落入少年事件處理法第 27 條第一項第一款所規定最輕本刑五年以上有期徒刑少年刑事案件之範疇。故若少年於從事性行為時有拍攝、製造少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片等行為時，至多僅會依少年保護事件處以保護管束，實質上並無面臨刑責相繩之可能。

第四節 立法展望

刑法第 227 條與第 227 條之 1 的發展，實際上便代表我國社會對於未成年人性自主權的態度。當初立法者必然思考到未成年人亦有對於身體和性的自主權，因此才一併將與未滿 14 之人及與滿 14 歲之人但未滿 16 歲之人為性交或猥褻之罪，自妨害風化罪章中移出並納入妨害性自主罪章的內容中。可見當初刑法第 227 條及第 227 條之 1 的立法目的及保護法益肯定是為保護未成年人的性自主權，並在之後的學說和實務發展上，逐漸發展成對於兒少健全成長的權利。此固然係對兒少性自主權保障的一環，但更重要的應該是，尊重其作為法律上的權利主體地位，並根據其年齡及成熟程度對其性自主權的行使給予評價，俾使未成年人最終了解如何理性行使自己的性自主權。如果我們不是從性自主權的角度理解兒少健全成長的利益，是否便係將社會對於兒少健全成長的想像與期待強加於他們身上；並抹殺成長過程中探索性自主權的可能性。

此外，在未成年人間合意性交行為遭發現並通報後，可能面對的是一連串國家法律的介入與家長負面情緒，即便最終未成年人被裁定交由家長嚴加管教或訓誡、假日生活輔導，這似乎也在在告訴未成年人之間的合意性行為是應受責難的行為，但未成年人間的合意性行為是否有對錯之分？我們該檢驗的，應該是未成年人在這個階段的性自主權行使是否有思慮不周，並輔以教育和輔導的資源，幫助未成年人更能安全、理性地行使性自主權，而不是讓未成年人進入少年司法程序中被不斷檢驗是否侵害了誰的身心健全成長。刑法應該在未成年人面臨脆弱處境時介入保護，但若是未成年人雙方積極行使性

自主權，既雙方皆非處在脆弱處境之下，也未有保護之必要，未成年人間合意性行為破壞的，恐怕只有社會對於身心健全成長的想像而已。

基於對未成年人的性自主權保障，又考量到未成年人在發展未臻成熟時確實有國家優先予以保障之必要，本計畫認為應在刑法第 227 條之內容中依照未成年人不同時期的年齡與成熟程度，給予不同的國家法律保護與未成年人性自主權尊重的權衡。首先刑法第 227 條之年齡區分標準，經本計畫蒐集之質性訪談內容後認為具有實證上的可行性，且參考各國法律亦賦予 13、14 歲左右之未成年人更高密度的法律保護，因此本計畫認為應絕對保護未滿 14 歲之未成年人。又就滿 14 歲但未滿 16 歲之未成年人而言，此時期之未成年人雖仍有透過國家法律予以保護之必要，但其實施性自主權之成熟度更甚於未滿 14 歲之人而需加以尊重，因此本計畫認為對滿 14 歲但未滿 16 歲之未成年人應採相對保護模式。而本計畫所稱之相對保護模式，係透過更細緻地區分刑法第 227 條處罰對滿 14 歲但未滿 16 歲之未成年人性交或猥褻的行為態樣，來權衡國家法律對未成年人之保護與尊重未成年人性自主權間的衝突。未成年人間基於對行為當下之性行為有共同的認知與積極的同意下，應尊重 14 歲以上未滿 16 歲未成年人之性自主權行使，而將此情形予以除罪化。

本計畫認為應予入罪的情形，係行為人基於對價關係、優越之智識或未成年人的脆弱處境，或是行為人以類似於對價關係、優越智識或是利用脆弱處境的方式，來利用 14 歲以上未滿 16 歲之未成年人的性自主權瑕疵而為性交或猥褻。上述情形一方面係避免兒少從事性交易而有遭性剝削之可能；同時也避免行為人利用未成年人發育未臻完全的認知能力，輕易使未成年人與之性交或猥褻，使未成年人陷於遭支配的地位或成為他人性的客體。同時，在性侵害犯罪防治法第 16 條第三項當中，明文規定性侵害犯罪之被告或其辯護人不得詰問或提出有關被害人與被告以外之人之性經驗證據，因此在判定性智識程度之落差時，不應是以性經驗作為判定之標準，而是應該探討該未成年人是否確實認知性行為可能帶來的風險，以及更應該對行為人是否有相對上之落差做細緻的判定，方能真正落實對未成年人性自主權保障。

同時，為避免有特殊個案即便符合本計畫所草擬之構成要件，亦有顯值憐憫或不應予以刑罰之可能性，本計畫也建議將刑法第 227 條之 1 的法律效果，改為由法官裁量是否給予刑罰減免或免除的優惠，以期刑法第 227 條之處罰不至於對特殊個案過於苛刻。

綜上所述，本計畫建議將刑法第 227 條的保護法益回歸對未成年人性自主的保護，並根據未成年人的年齡及成熟度給予不同程度區分的性自主權尊重。本計畫建議在與滿 14 歲但未滿 16 歲之情形中，區分刑法第 227 條之之行為態樣，使未成年人在積極行使性自主權之情形得以除罪化，此種模式係基於尊重及保障未滿 16 歲未成年人之性自主權所研擬出之結果；同時透過修改刑法第 227 條之 1 的規定，使法官得透過刑罰裁量權實現個案之正義。期盼透過這樣的修法模式，強化未成年人作為權利主體的地位，並將司法資源集中在利用如未成年人性自主權瑕疵、對價關係或或脆弱處境等的案件上，以解決過去刑法第 227 條及第 227 條之 1 在實務上遭遇的困境。

參考文獻

一、中文書籍

1. 徐錦鋒，《少年觀護制度理論與實務》，洪葉文化出版（2011）。
2. 許澤天，《刑法分則（下）人格與公共法益篇》，新學林出版（2019）。
3. 陳子平，《刑法各論（上）》，元照出版，4版（2019）。
4. 劉作揖，《少年事件處理法》，三民書局出版，11版（2016）。
5. 盧映潔，《刑法分則新論》，新學林出版，12版（2017）。
6. 謝哲勝、莊春發、邵慶平、張心悌、楊智傑，《法律經濟學》，五南圖書出版（2007）。

二、中文期刊

1. 王皇玉，〈強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第42卷第2期，頁381-432（2013）。
2. 甘添貴，〈性侵幼童案之解析與評議〉，《中華法學》，第14期，頁35-60（2011）。
3. 蔡聖偉，〈最高法院關於強制性交罪違反意願要素的解釋趨向〉，《月旦法學雜誌》，第276期，頁5-21（2018）。
4. 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》，186期，頁164-173（2010）。
5. 蘇芊玲，〈兩小無猜，法律VS.教育？〉，《性別平等教育季刊》，第57期，頁74-78（2012）。

三、中文論文

1. 許元平，《青少年戀愛基模之發展》，樹德科技大學人類性學研究所碩士論文，2012年1月。
2. 劉振斌，《論與未成年人性行為之刑事責任》，國立政治大學法律系碩士班碩士論文，2017年8月。

四、中文論文集

1. 許恒達，〈妨害未成年人性自主刑責之比較法研究〉，《刑事政策與犯罪研究論文集》，227-250，第19期，法務部司法官學院犯罪防治研究中心（2016）。
2. 黃惠婷，〈性刑法防制兒童及少年性侵害之修法研究〉，《中央警察大學法學論集》，103-138，第24期，國立中央警察大學法律學系（2013）。

五、其他中文參考文獻

1. 106年「高中、高職、五專學生健康行為調查報告」高中、高職、五專學生健康行為調查報告，衛生福利部國民健康署網站：<https://www.hpa.gov.tw/Pages/List.aspx?nodeid=257>（最後點閱時間：2020年03月05日）
2. 107年「國中學生健康行為調查報告」，衛生福利部國民健康署網站：<https://www.hpa.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=257&pid=11582>（最後點閱時間：2020年03月05日）
3. 中華民國（臺灣）兒童權利公約首次國家報告國際審查會議結論性意見，
4. 王淑芬、許靖健、陳靜平，以兩小無猜案件檢視性侵害防治之法律經濟分析，財團法人勵馨社會福利事業基金會研究案。
5. 本會對廢除刑法第227條之正反雙方意見的回應，財團法人婦女新知基金會，<https://www.awakening.org.tw/news/3566>（最後點閱時間：2019年9月3日）。
6. 衛生福利部社會及家庭署 聯合國兒童權利公約資訊網，https://crc.sfaa.gov.tw/crc_front/index.php?action=content&uuid=9711f049-5dee-43bc-80fe-4f1ed2b30d6e（最後點閱時間：2020年3月17日）。
7. 勵馨基金會呼籲一兩小無猜除罪化非全面廢除刑法227，勵馨社會福利基金會，https://www.goh.org.tw/mobile/news_detail.asp?PKey=aBSNaB32aBHQaB30aBLIaB35&Class1=aBMM

aB32（最後點閱時間：2019年8月28日）。

8. 蘇芊玲、楊佳玲，台灣性侵受害人政策檢視及倡議延伸計畫－兩小無猜事件處遇執行之跨國分析比較，財團法人勵馨福利事業基金會，公益彩券回饋金補助研究案（2016）。

六、 英文期刊

1. Godsoe, Cynthia, Recasting Vagueness: The Case of Teen Sex Statutes, 74 Wash. & Lee L. Rev. 173-284 (2017).
2. Guerrina, Britton, Mitigating Punishment for Statutory Rape, 65 U. Chi. L. Rev. 1251-1277 (1998)
3. Oberman, Michelle, Turning Girls into Women: Re-Evaluating Modern Statutory Rape Law, 85 J. Crim.L. & Criminology. 15-89 (1994).
4. Tenzer, Leslie Y. Garfield, #MeToo, Statutory Rape Laws, and the Persistence of Gender Stereotypes, 2019 Utah L. Rev. 117-157 (2019).

七、 日文期刊

1. 三枝有，淫行条例の刑事法的検討，信州大学経法論集，第6号，頁171-209（2019）。
2. 安部哲夫，児童福祉法三四条一項六号の「淫行をさせる」行為の意義 最高裁平成一〇年一月二日第三小法廷決定（刑集五二卷八号五〇五頁），北陸法学，第7卷第2号，頁71-80（1999）。
3. 神元隆賢，児童福祉法違反（児童に淫行をさせる行為）罪、強制わいせつ・強制性交等罪、児童ポルノ製造罪の罪数関係，北海学園大学法学研究，第54巻第4号，頁459-552（2019）。

附錄一： 檢察官訪談摘要一

一、訪談者：林志潔教授、林均禧研究助理、羅家曲研究助理、范朝詠研究助理

二、訪談時間：108 年 12 月 7 日。

三、訪談概要內容：

（一） 案件狀況概述：

1. 被告多 20 初頭歲，少部分達到 30 初頭歲，19-22 歲的被告是最多的，基本上大部分是男女朋友關係，有少部分是網友。

2. 通報管道主要是家長和學校，通報後檢察官便會發動偵查。

3. 因為被告與被害人大多是男女朋友關係，被告基本上能知道對方大約的年齡，被告若要辯解都是主張自己遭被害人欺騙已成年（滿 16 歲）（例如在成年人交友網站認識、打扮穿著超齡、未成年人刻意隱瞞真實年齡），因此在偵查實務上會針對行為人主觀上對被告年齡的誤認進行調查，如果被告辯解可信，會予被告不起訴處分。如果行為人有工作，可能會施加交一定罰金給公庫的負擔；但如果雙方決定要結婚了，或是懷孕準備要將小孩生下來，就不會施加此種負擔。

4. 被害人確實較多來自失能家庭，原因可能是家長的職業工時較長，行為人一部分填補了家庭的照護功能，因此實務上有些案件的年齡差距較大。

（二） 偵查實務上對於案件的處理方式

1. 在合意性交的情形，偵查實務會認為主觀惡性不高，如果被害人不認為自己受害，法定代理人也沒有堅持提出告訴，這時就會朝向緩起訴處分進行處理。至於緩起訴處分是否負擔條件，一般考量點是斟酌被告之工作、資力、經濟狀況。可能會命被告向公庫繳交一定金額；但如果被告與被害人決定要結婚了，或是被害人因此懷孕準備要將小孩生下來，就不會施加此種負擔。

2. 然而在被害人不認為自己受害，其法定代理人也沒有堅持提出告訴，此時案件會變成沒有告訴人；此時檢察官會在向被害人及其法定代理人曉諭刑事訴訟法第 256 條規定後，請其等提出告訴並同意檢察官對被告為緩起訴處分，讓司法程序能儘早確定，而無須將案件職權送高檢署再議。

3. 基本上行為人進入偵查階段都會承認其犯罪事實，比較少會不坦白。

4. 通常會進入法院的案件，多半是因為父母堅持要提告，不願意和解。

（三） 被害人在偵查階段的地位

1. 地檢署有一個「溫馨談話室」，來讓未成年人可以做比較自由、沒有壓力的陳述。空間配置是小房間內有電腦和錄影設備，並且配置沙發和圓桌，被害人坐在檢察官和書記官對面且有社工陪同。

2. 在訊問過程，檢察官會和未成年人溝通問話方式、說明本次問話的目的是希望釐清犯罪事實，做出對被害人或被告最適切之決定及處置，並表示過程中可能會有比較直接的詢問，均是為調查釐清案情所需，並不帶有任何價值評判之意味，如果有讓被害人覺得不舒服的地方可以請被害人適時反應提出，檢察官會進行問題的修改。

3. 對未成年人訊問完後，會進行對法定代理人的訊問，法定代理人的態度基本上就是認為小孩難教、蹺家、覺得使不上力；檢察官在這個過程中有時也會認為，即使本案司法程序走完，被害人之心態不改、被害人之家庭功能如果沒有改善，本案司法程序不過只是一個事件，難對被害人有實質之幫助。

4. 在對被害人的訊問結束後，檢察官也會對於被害人進行一些勸說，鼓勵被害人的生活可以回歸正軌。

（四）現行實務或制度可以修正的方向

1. 檢察官認為，基本上被害人在經過刑事程序後，會加強被害人的法治觀念，了解即便性行為是合意的，被害人自己的智識程度可能還是有思慮不周的部分，而國家法律在這部分有提供被害人法律上的保護。

2. 未成年人性自主問題應著重在家庭教育與性教育，16歲的界線就檢察官接觸的實務而言是滿剛好的。

3. 就檢察官經手的案件來看，對未滿16歲之人為性交、猥褻行為之處罰，這個年齡界線尚無不妥，目前實務的介入時機滿好的，是一種及早的防免措施。

4. 目前未成年行為人就是送少年法庭，檢察官認為這樣的制度是滿妥適的做法。

附錄二： 檢察官訪談摘要二

一、訪談者：張天一副教授、張羽筑研究助理

二、訪談時間：109 年 1 月 31 日。

三、訪談概要內容：

（一） 受訪人於涉及刑法第 227 條案件處理上之經驗與觀察

1. 受訪人表示在性侵害案件之偵查上，不論被害人為成年人或是未成年人，都會出現相當比率的「假性案件」，亦即被害人主張自己是在被違反意願的情形下發生性行為，但事實上雙方係出於合意。由於性侵害案件多半發生於封閉的環境中，在證據調查與事實認定上有一定困難，多半會仰賴被害人之陳述，因此，有時在偵查上並非易事。

2. 受訪人表示在被害人為未成年人的案件中，發生假性性侵害（強制性交）之原因，有可能是青少年在發生性行為之後，怕被家長責難，所以謊稱遭到性侵。或是家長無法接受子女發生性行為，堅持要用性侵來提告。也有是因為情侶在分手之後，出於報復的心態而以性侵案件提告。

3. 此外，對於涉及第 227 條之案件，家長經常會一併提出刑法第 240 條（和誘罪）或是刑法第 241 條（略誘罪）之告訴，因此，縱使未來對於未成年人犯刑法第 227 條之罪的情形予以除罪化，家長仍有可能尋求以其他罪名來達成提告目的。

（二） 偵查實務上對於案件的處理重點：

1. 實務在調查被害人在性行為發生上是否出於合意，從論理法則和經驗法則加以判斷，會留意被害人於事發過程或事發後有無主動求救或尋求協助，也會看被害人有無因抵抗所留下的傷痕。另外，是否出於強制狀況所進行之性行為，在女性生殖器所造成之傷害痕跡也會有所差異。若是在偵查過程中，懷疑青少年是因為出自於父母的壓力而陳述被強制性交，此時，可能會請其父母暫時離場（但仍由社工人員等陪同青少年），對青少年告知刑法第 221 條與刑法第 227 條兩者之差異，以及可能會對對方產生的影響，少年就有可能出現不同的陳述。

2. 至於提告的原因，有一定程度是出於家長不滿的情緒，認為孩子還小怎麼可以發生性行為，或是自己的子女因而「吃虧」。但也會看到有青少年自行前來提告，主要是出於分手後的報復心理，曾有案件是母親帶著女兒來提告，並提出墮胎證明，其女兒與被告發生性關係已經是在半年前，之所以遲至半年後來提告，是因為其後在分手過程中鬧的不愉快，遂對被告提出告訴。

3. 亦有遇到是在家長主導下提告之案件，家長之目的疑似是欲藉由和解，由被告處取得賠償金。對此，受訪人認為所謂的「性自主」或是「青少年身心健康」，不宜以

金錢去衡量與評價，特別家長是出於取得賠償金之目的時，若過於積極促使雙方達成和解，不見得是最好的處理方式。

(三) 刑法第 227 條規定之可行修正方向：

1. 在刑法第 227 條是否能夠除罪的問題上，受訪人認為由於現在的少年較為早熟，從外表或言談不見得能夠判斷出其是否為未成年人。如果刑法第 227 條的立法目的在於「保護未成年人之身心健全發展」的話，似可考慮對未成年人之年齡界限予以修正下調，不見得要維持立法當時的 16 歲。

2. 此外，受訪人認為若是一方或雙方都未滿 18 歲之「兩小無猜」案件，目前設計為「告訴乃論」，以及對行為人減輕或免除刑罰。倘若雙方皆為未滿 16 歲之人，考量雙方均屬被害人之性質，可以考慮除罪化。但如果一方已經超過 16 歲，亦即行為人係屬 16 歲至 18 歲之人時，要一併除罪化的話，可能要有充足的理由，不然在推動修法上可能會遇到困難。

3. 受訪人亦表示在行為人一方已滿 18 歲的情形中，縱使相對人未滿 16 歲，也很難說就不是「兩小無猜」，也不見得會傷害相對人之身心健全。即使有可能存在行為人利用相對人身心未成熟的狀況，誘使相對人發生性行為，但不見得都是如此，還是要看實際情形，也有可能未成年的心智成熟度比成年的被告還有來的高。

附錄三： 法官訪談摘要一

一、時間：2020 年 2 月 5 日。

二、訪談人員：惲純良副教授。

三、訪談概要內容：

(一) 針對現行法律表達意見

1. 現行法律之年齡分界

a. 現行法既規範於妨害性自主罪章，代表其核心保護法意在於「被害人意願之違反」。而本條之設立目的即在於，特定年齡範疇之被害人，其性自主決定能力是有瑕疵的。

b. 七歲以下之兒童在民法上為無行為能力之人，且其對於性是懵懂不知的，故認其完全沒有性自主決定能力應屬共識。

c. 至於七歲以上二十歲以下之限制行為能力人，則認定上較為尷尬。如以生理方面例如性發育來說，假設一般男性或女性的發育年齡大約是十二到十四歲之間的話，我們或可認定十二歲以前之人在生理發育尚未完全之下，是欠缺性自主決定能力的。至於十二至十四歲此一生理發育上較為完足之區間，應考量其對於性的認知也就是心理上的性年齡，是否有完整的發育，是否能夠足以認知性代表的涵義，以及其從事性行為之後會產生怎樣的狀況。

d. 心理上之發育部分涉及我國性教育之程度及深度，然而現今社會對於達一定年齡之青少年是否具性自主決定能力並無太大的共識，應如何認定青少年性自主決定是否有瑕疵在目前實務上存在困難之處。

2. 現行年齡分界之修正建議

a. 肯認現行法以年齡區分性自主能力之方式，認為並不需要修正此模式。

b. 然此等年齡分界在立法上欠缺醫學或心理評估此類科學實證加以輔佐（如醫學上認為生理上性成熟以及心理上性成熟之年齡各為幾歲），除了應綜合多領域專家之意見為調整外，實務上亦應要有一些科學實證基礎作為輔以判斷的條件。

c. 刑法第 227 條第三項其中還有一個保護法益為身心的健全發展，即使被害人較成熟的外表或生理年齡，但其心理年齡使否與生理年齡有符合，是蠻值得探討的。

d. 案例分享：實務上即有性成熟度高於被害人本身年齡之個案，該案被害人年僅 13 歲就已經是援交老手，甚至會帶同學一起去從事援交。此一狀況下之被害人就應給予較少的保護嗎？蓋承前所述，刑法第 227 條認為未成年人之性

自主同意有瑕疵，則性經驗豐富之被害人其性自主同意就會變成沒有瑕疵嗎？感覺也不必然。

3. 現行法之刑期是否適當容有檢討空間

依現行法第 227 條第一項之明文「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。」行為人與未滿十四歲者為性行為，將面臨三年以上十年以下有期徒刑之重罪，與刑法第 221 條強制性交罪相同的刑度。刑法第 227 條第 1 項僅規範年齡而不分案件輕重皆處以如此重的刑罰，導致被害人意思能力不同之情形卻給予相同處罰，舉例來說，被害人年齡為 7 歲與 12 歲以下時如何處罰為大家最有共識，而被害人年齡為 12 到 14 歲時該是用何等刑罰就開始產生爭議，此類型案例之不法意涵是否與刑法第 221 條相似存有疑問。

(二) 針對「改採個案認定模式」、「年齡差距條款」表示意見

1. 個案認定模式

若以個案認定模式恐產生各說各話之窘境，如此一來就免不了要調查被害人的性經驗、年齡、背景或是交往情形，惟我國性侵害犯罪防治法中比較傾向不調查被害人過往的性經驗，概性侵害犯罪防治法認為不論性經驗豐富與否，只要被害人當下拒絕即具有否定之意思，不因其性經驗次數之不同而有不同標準，法條規範上對於成年之被害人的保護即是如此，換成是未成年人之被害人時怎麼可以因其背景不同而有差異，若真採個案認定下，對於未成年之被害人恐有過苛之虞。

2. 年齡差距條款

a. 以年齡差距來說，究竟在哪一年齡差距內屬於可接受範圍並無實證結果，此一界線很難被劃分出來。若不考量到被害人年齡，單純以年齡差距作為個案認定也許不會更有效率，反而衍生更多問題，例如成為行為人投機的方向，例如年齡差 5 歲以內不算違法，那差一天就入罪，過一天的沒事，此與社會民心背離，實務上認為回歸法條操作，以年齡作為區分反而比較適當。

b. 年齡差距條款也許可以運用在比較難處理的例如 12 歲以上尚未就讀高中，生理上正處發育階段之被害人，此類案件較難認定，可以採用年齡差距條款作為輔助。

(三) 刑法第 227 條、第 227-1 條於實務上適用現況

1. 兩小無猜之案件、紛爭多會於前階段解決，而會進入二審之案件，多屬於年齡差距較大之案件。

a. 介於成年門檻附近之當事人（例如 18 歲之男性與 15 歲之女性），被害人法定代理人較少提出告訴，若真有提起訴訟往往也會在檢察官偵查階段做

出和解，比較不會真正進入法院開庭審理之狀況。其原因是真屬兩小無猜之情形下，被害人與其法定代理人之間的意見衝突較小。

b. 實務上運用兩小無猜條款的比例，應該在地檢署較為常見，檢察官可以運用此條作為緩起訴處分要件，而進入一審法院時也可當成緩刑或是協商處理之要件，顯少於二審法院中看到此類案件，多於前階段解決紛爭。二審法院出現之個案，多為年齡差距大且被害人年紀過小者。

2. 被害人以及其法定代理人於程序中扮演之角色

a. 實務上常見 13 或 14 歲的被害人會發生被害人同意但被害人之法定代理人並不接受，此類被害人與其家庭關係通常較薄弱，也許跟父母管教方式不一致而與父母不合，或是父母工作忙碌疏於管教。

b. 此種被害人與其法定代理人意見不合之情況或許能透過心理諮商輔導給予此類家庭重建之機會。法院也許可以在法定代理人對法院產生信賴時或是考量到情緒狀況適當給予其心理建設，鼓勵被害人之法定代理人走出案件情緒，要持續往前走。然若被害人之法定代理人對法庭是有敵意的，則法院給予之建議可能出現反效果。

c. 關於未成年人法定代理人之獨立告訴權，若認為被害人有完整之性自主決定能力則認定法定代理人無獨立告訴權，於法條中做限縮或修正，但此舉勢必會遭相關團體反對也無法讓大眾接受。

3. 針對「兩小無猜條款」之去留表達意見

目前並無存在之必要性，實務上法院對於兩小無猜之狀況時就會利用刑法第 59 條作刑度之酌減或是給予緩刑之機會。

附錄四： 法官訪談摘要二

一、時間：2020年3月3日。

二、訪談人員：金孟華副教授。

三、訪談摘要

(一) 整體修正方向之建議

1. 擬修正方向等同承認十四歲以上未滿十六歲之男女有性自權上同意的能力，社會、兒少團體是否能接受亦須納入考量。

2. 14歲以上未滿16歲但心智非常成熟之未成年人，抑或是超過這個區間但是心智發展非常不成熟之情形實務上均有案例。現在網路非常發達，性知識可以輕易獲得。因此對於降低年齡標準，肯認未成年人有部分之性自主權之修正方向並不反對。只是說還是要參考醫學上的論述，評估對當事人的生理及心理影響。

(二) 針對計畫擬定之條款表達意見

1. 構成要件尚缺明確性擬修正條文所列之例外入罪條款，許多都不具有足夠之明確性。將造成實務適用之困擾。

a. 第一款「利用明顯優於被害人之性智識程度。」

因為性知識程度存在於主觀，明顯優於要怎麼證明似需要再為思考。且此等情形雙方仍屬合意，為何因一方性知識程度明顯優於他方就需要被處罰，這部分尚缺更堅實之立法理由。

b. 第二款「利用其面臨受迫情狀。」

建議列舉受迫情況之態樣，並需考量是否會與刑法第221、第224條強暴脅迫的要件相重疊混淆。

c. 第三款「基於對價關係而與之發生性交。」

現行《兒童及少年性剝削防制條例》是保護16歲以上者，故本修正條款在認定14歲以上未滿16歲者有性自主決定權之同時，亦限制其從事援交行為，這部分很明確，運作上比較不會發生問題。

d. 第四款「其他貶抑、壓制其性自主權之行為而與其發生性行為者。」

本款為概括條款，但因範圍上很廣泛，感覺仍不夠明確。

2. 針對「改採美國法上年齡差距條款模式是否能避免前述問題」之提問，法官認為現行擬修正條款似屬於年齡差距加上例外條款（性知識程度等）為限縮，統一以年齡作為規範對象才是比較明確且一致之作法。

附錄五：第一次焦點座談會提問及發言紀要

一、時間：2019 年 10 月 4 日 13：30~16：30

二、地點：交通大學台北校區第四會議室

三、與會專家：司法院家事廳謝靜慧廳長、臺灣高等檢察署花蓮分署黃怡君檢察官、桃園地方法院王乙凡主任調查保護官、亞洲大學附屬醫院小兒神經科張孜鈺主任、財團法人勵馨社會福利基金會王玥好副執行長

四、參與人員：國立交通大學林志潔教授、中原大學張天一副教授、國立雲林科技大學惲純良副教授、林均禧研究助理、張羽筑研究助理、范朝詠研究助理、羅家曲研究助理

五、訪談提問：

（一） 調查保護官：

1. 現行刑法第 227 條中，以年齡（14、16 歲）作為性自主能力之分界，您認為此等年齡分界是否合理？其是否存有任何科學實證研究基礎？您認為年齡門檻應如何修正較為適當？
2. 現因為未成年性自主案件而接受少年保護處分的案件數量為何？主要執行的措施為何？為何實務上偏好該主要執行措施？
3. 未成年性自主案件對未成年人身心有何影響？，又該等影響成因為何？少年接受保護處分後有何變化？
4. 經國內文獻研究之結果，現行法中賦予法定代理人獨立告訴權，常使兩小無猜事件演變成雙方家長互為追訴之情形。自少年保護實務以觀，您認為是否應該限縮法定代理人獨立告訴權？
5. 未滿 18 歲與 18 歲之行為人，受到的保護管束內容是否有所不同？18 歲之行為人是否亦適用性別犯罪防治法中的科技監控規定？
6. 自少年保護實務以觀，現行法或審判實務應如何修正，方能更有助保護處分發揮健全未成年身心發展之效？

（二） 檢察官：

1. 現行刑法第 227 條中，以年齡（14,16 歲）作為性自主能力之分界，您認為此等年齡分界是否合理？其是否存有任何科學實證研究基礎？您認為年齡門檻如何修正較為適當？
2. 現行法以年齡擬制未成年人之性自主能力，是否適當？實務上是否有出現性自主能力與法規範之年齡不相符之個案？若採「個案認定」是否在實務上有窒礙難行之處？

3. 實務中未成年性自主案件會被通報的原因為何？案件調查過程中是否有窒礙難行之處？法定代理人與未成年人對提起訴訟之意見是否一致？
4. 刑法第 227 條之保護法益，係未成年人之性自主，抑或是未成年人之身心之健全發展，或是有其他重大公共利益？亦或是有予以除罪化之必要？
5. 承前述，若未成年人間合意性交除罪化，應如何修正法規使青少年性自主和身心健全發展不顯失衡？

(三) 法官：

1. 現行刑法第 227 條中，以年齡（14、16 歲）作為性自主能力之分界，您認為此等年齡分界是否合理？或其是否存有任何科學實證研究基礎？您認為年齡門檻如何修正較為適當？
2. 實務上是否有出現性自主能力與法規範之年齡不相符之個案？若改以其他更細膩的認定模式（個案認定），實務上是否有窒礙難行之處？
3. 美國多州所推行之「年齡差距條款」，在不全面除罪的前提下，除賦予法律運用上之靈活性，亦較個案認定更有效率，此種立法模式是否適合台灣，亦或是可能有其他需考量之處？
4. 現行實務上案件中未成年被害人與法定代理人對於加害人的立場為何？

(四) 醫師：

1. 現行刑法中，以年齡（14,16 歲）作為性自主能力之分界，此等年齡分界是否合理，或是否存有任何等科學實證研究基礎？
2. 從醫學專業角度該如何判定青少年是否有性自主能力？
3. 合意之性行為是否有對青少年身心發展影響之可能？
4. 以未成年人的成長歷程而言，是否有特定的年齡區間容易產生性行為？以醫生的立場而言，是否認為應以法律強制限制未成年人間的合意性行為？

六、發言紀要

第一輪、第二輪座談由林志潔老師進行開場，介紹與會專家來賓，並報告法務部計畫案之緣由，以及研究目標、內容。接下來由專家來賓對於本議題各自發表於實務及專業上之相關感想，進行意見之交流。專家來賓之意見分述如下：

(一) 謝靜慧廳長

1. 性教育應予重視

- 父母在於孩子青春期時對於性教育的啟蒙其實很重要，但「性教育」從不被當一回事。西方家長對孩子之性意識啟蒙更為全面完整，反觀台灣雖依教育基本

法國民教育已延長為十二年，但對於性教育卻仍不重視。整個社會對「性活動」仍是抱持著恐慌、避而不談的態度，因此不鼓勵未成年人去認識、更不鼓勵學校去教，尤其現在少子化，父母對此的擔憂會更高彰。

2. 對現行法之反思

- 現行法以保護之名去介入，但手段卻過於激烈，我國很喜歡用刑罰加諸在孩子身上，兩小無猜的案件更是如此。廳長主張應反思此手段之正當性，因為刑罰很容易被過當，在執行上更應細膩。（就此，美國與日本在一樣行為之認定上，法規規定更為細緻，可資參考。）

- 現行法名為保護，實則保護的對象是「大人的價值觀」，因為大人不知道該怎麼處理性相關之議題，只好訴諸刑罰。然而，孩子多數不想要提告，卻因家長堅持提告的狀態下，被逼迫去選邊站。

- 廳長認為兩小無猜的人罪化是一種現代版的「虞犯」，是國家的「加害給付」。因而傾向於除罪，但需要替代方案（健全之性教育）。

- 但也有同事認為不應除罪化，其等認為現行之少年法庭之效能較受信賴（資源較足、可以保護未成年人的隱私），如果除罪化後，處理機構可能會落到行政系統（如學校、警政、社政）上，其執行成效可能存疑。但謝廳長認為此存有思考上的謬誤，不能以實然面的失敗現況去建構法。

- 在較難推動除罪化之現況下，廳長建議可以朝向給予檢察官、少年調查官更多的裁量權發展：僅有在特殊情況下才入罪，其餘應讓檢官可以職權不起訴或緩起訴，或以罰金取代之，而不是先入罪再跟他說減免其刑，應該倒過來思考並要合理、務實地滿足現代的需求，直接以刑罰去處之，根本無法好好的教育孩子正確的性知識。（刑罰最後手段性）

3. 立法模式應予改變

- 「性交」目前在法律上被定義的太廣，應該要區分是否有插入式性行為，且賦予成年人有責任確認未成年人年齡之義務，對於兒少社群成年人應有了解（年紀或兒少的狀況）及保護義務，成年人不應該以「不認識其真實年齡」而出罪，此部分可參考兒少法進入娛樂場所或購買菸酒之相關年齡規定。

- 實務現狀：越來越多態樣納入，致生性犯罪肥大化。

- 實務上確實也有些父母，是利用未成年被害人的狀況賺錢，家長沒拿到錢就不願意停司法爭訟（濫用親權）。

- 教育現場不要再告訴行為人說，什麼樣的行為是犯罪行為，這樣只是沒有真的達到教育孩子正確的性觀念的目標。

- 今天不是要處理是否可以在程序上（例如調解制度）去解決這些問題，而是這件事已經被國家法律和政策認為是一個犯罪的行為，所以需要被解決的是這個問題。

- 未成年合意性交也是孩子間的互動方式之一。父母卻因為不知道怎麼做性教育，最後都丟給刑罰，然而刑罰應做最後手段，不應把對未成人性自主的教育工作全部丟給刑法、監獄。如此只會導致其他的教育機能都持續失能，無助於孩子的性意識發展、情感發展、人際相處方面的發展，更會安置一個罪犯的身份在青少年身上。

4. 現在的制度都是從家長的角度，而非從孩子的立場去思考

- 現今法制最大的問題還是：我們有沒有落實 CRC 的規定去將孩子當作是主體？

- 法定代理人是否權利過大？

- 兒童是主體還是客體？

- 我們如何幫助孩子做出自我決定？這會比司法替代解決方式更重要。法理上，已經從判斷兒童能不能做出健全自主的決定，到我們怎麼幫助兒童做出健全自主的決定，因為沒有人可以幫任何人的的人生負責。父母只是去協助孩子在健全發展的道路上，決定自己要過什麼樣的人生。

- 孩子生下來要怎麼辦，這是一個社會連帶的問題，社會要如何讓每個孩子都有健全成長的機會？

- 少年法庭上，我們用新式教育教育兒童，然後讓父母可以用舊時代的教育去拘束兒童，這時候就產生一個世代的衝突。

- 醫療契約有行為能力問題，但應該考慮是否賦予小孩尊重

- 兒童最佳利益不應該是用替代決定模式決定，感化教育受刑等沒辦法解決，這是一種家父長下的法制，使用支持決定模式就不會是這種模樣的架構，必須要支持他的人格尊嚴。

- 兒童這一塊應該要先釐清如何支持他們的人格尊嚴，才可以去真正鋪陳解決兒少性自主的問題，否則我們就會一直把司法扯進來做替代決定，但法官自己可能都沒辦法處理自己的孩子，他怎麼在作為法官時就可以去決定別人孩子的最佳利益。

- 亦有學者認為可以參考英國司法介入模式或是 family court 制度

5. 人工流產問題

- 司法替代決定模式->支持決定模式

6. 補充意見

- 如果使用個案判定操作空間過小，司法上缺乏專家，無法負擔。
- 社會政策不足才會由刑法處理
- 「避免將青少年當刑罰對象」是大家之共識
- 正道應是使得學校、家長有能力去教育與處理未成人之性相關行為，而非去「合理化」現行法。
- 不能因家長、社會認為兒少不夠成熟，而一味限制其權利。
- 性平會調查往往比少年法庭可怕，應落實以證據為認定。

（二）黃怡君檢察官

1. 兩小無猜應該除罪化

- 兩小無猜不應由司法處理，實務上其實遇到很多，女方不願意告，家長很抓狂想告，這時候就不適合由刑法處理

- 認為單純未滿 16 歲之間，應該要教育取代刑罰，如同剛剛庭長提到的問題，現今就是認為如果用教育或輔導取代，是沒有辦法具有強制力，所以才造成諸多行政體系應該要做的都推到司法機構。

- 除罪化逐步處理
 - 考量年齡差距
 - 輔導上課

2. 刑法第 227 條立法歷史

- 刑法第 227 條立法從舊第 221 條準強姦罪修正而來
 - 原先法條精神無合意概念，僅用於處理不適用第 221 條情況
 - 常常加害人對被害人也沒有強暴脅迫，只是被害人不知所措，被害人也沒有同意或不同意。
 - 第 227 條一開始也沒有合意的要求，後來就因為高雄女童性侵事件，導致實務認為要有合意能力，但是刑度卻跟強制性交的刑度是一樣，顯不合理。因此刑度應為調整。
 - 本條保護法益：身心靈健全發展，因以醫學角度來看，過早之性行為可能對生理有影響，故國家應有保護措施。
 - 年齡差距懸殊者仍應受刑法處罰
 - 第 227 條應從性自主罪章移出，例如移到傷害罪。

3. 案例分享

- 12 歲原告色誘被告
- 網友裸體洗澡給別人看，是否對於性尚未了解？
- 有些少年其實都是因為一時好奇而觸犯第 227 條然後被送到少年法庭，但就因此跟其他非行更嚴重的少年，導致這些一時好奇的少年被貼上標籤，或是因此使他的行為產生偏差，是以究竟讓這些因為一時好奇的少年和那些非行更嚴重的少年一起被施以相類似的保護處分是否適當？
 - 亦有發生小孩不願意告，但卻被家長強制取證之案例。

4. 現行法適用疑義

- 實際案例上，其實很難從外觀上去判斷被害人的年齡，也沒有過失的處理規定，或許可以再思考成人的刑度是否加重。

- 小孩常常承擔誣告風險，實務上會將父母分開訊問，往往能獲得小孩真實想法

- 對於甚麼性自主權、性自主能力應討論

- 性自主能力應該不只包括性行為，可能還有夠成熟至能夠體認、承擔其後果。

- 我們常常以中產階級或是自身角度去設想他人處境，沒辦法真正理解會產生兩小無猜案件的族群或是案件主體的情況。

- 長輩面對孩子經常不尊重小孩身體自主權

- 當事人自主問題：社工沒有提供足夠好的資訊，沒辦法讓當事人有能力實現真正的自主。

- 在講未成年人合意性自主時，其實也不是合意的問題，他就是兩小無猜，因為也不存在合意不合意，修復式司法可以開啟一套對話的方式來看這個問題。

- 社工接受通報要不要告發？

- 現行法：公務員知相關情勢有義務通報，社工雖非公務員，卻仍被教育說一定要通報，不然有違法之風險（自保式、卸責式通報）。因而致生社工寧願孩子不要來談的情形。

- 社政體系應一律通報，但司法體系應限制，實務目前處理是請社工在通報表上註明小孩不願意提告 or 不願讓父母知道

- 社工應該還是要通報，但是社工不一定要讓案件進入司法體系？

- 孩子有沒有獨立自主的人格其實不建議太強調，因為孩子多數還是一知半解

- 性自主權應該要先確保他對於性有完全認知

5. 補充意見

- （回應惲純良老師）限制父母獨立告訴權，實務上其實沒有那麼大的處理必要，因為考量孩子不想告的意見之後，檢察官很容易去寫不起訴處分書，只是家長去提再議而已。

（三） 王以凡主任調查官

1. 可參考司改國是會議之決議

- （書面意見）建議相關主管機關參酌其他國家立法例，檢討目前「兩小無猜」間合意性行為之相關刑罰與通報規定，以教育輔導取代訴訟程序、以服務供給取代刑責。惟此議題各界肯定與否定意見分歧，一時間似難予修正，故可參考國外立法例，於一定條件下予以除罪，例如美國「年齡差距條款」（age gap provisions），兩小無猜年齡差距 2 至 4 歲情形下，予以除罪，以解現況之窒礙。

2. 性自主權

- 無論年齡性別應都有性自主，這是他的基本權利，只是在於他有沒有同意之能力，在年齡比較小的案件中，可以去看的是未成年人是否有同意的能力。另外，在兩小無猜案件中大概可以分為兩種類型，一種是兩方因為有感情而作出性行為，另一種是以性行為作為謀生工具。

- 應討論是否有同意性行為的能力

- （書面意見）參照經濟社會文化權利國際公約第 14 號一般性意見，未成年人應也有掌握自己性和生育自由的權力，但考量我國教育進程，對於年齡較低之兒少是否具有性同意權仍需審慎思考，意即於法律明定年齡界限為必要。

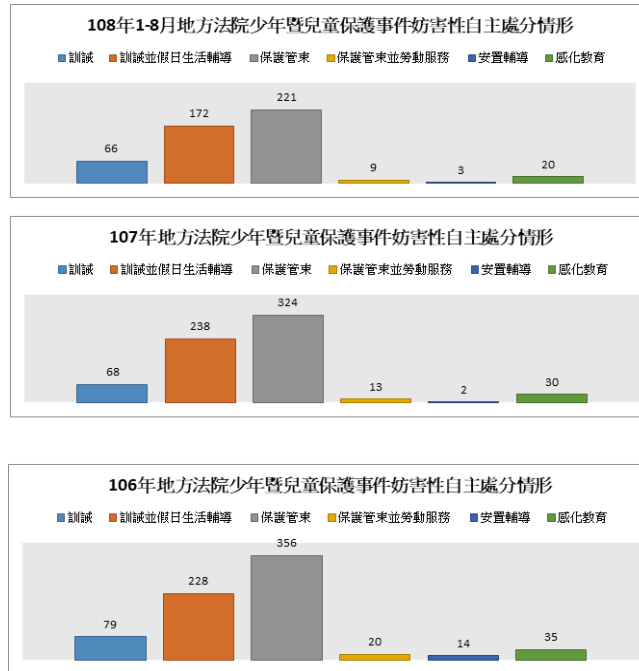
- （書面意見）性同意權年齡分界門檻，除考量少年生理、心理發展外，亦需考量我國義務教育年齡、可結婚年齡、可工作及自立之年齡，以能周顧衍生之懷孕、育兒問題。

3. 保護管束案件量

- 兩小無猜的案件（有感情基礎者）多不會用保護管束，多用訓誡。

- 會進入保護管束是因為，家裡的支持功能失能之案件（例如：逃家）。

- （書面意見）



4. 就除罪化之看法

- 調查保護官有討論過是否要除罪，但有人持反對意見，王主任認為 13、14 歲要除罪，因為他們有情感上的需求，應該要從學校教育方面著手，教育沒有處理好他們的性的同意權，同時家長也沒有教孩子怎麼去談性，導致小孩的性觀念都來自外界，例如 A 片、學長姐。

- 在法庭上，家長的情緒影響司法程序非常大，大部分的孩子不想告，司法其實都在處理家長的情緒。少年法官也會考量孩子的意見，所以處分都不會很重。

- 台灣如果沒辦法做兩小無猜除罪，也可以用年齡差距條款，這是一種折衷條款。

- 兩小無猜案件類型可分為

- 孩子之間有情感基礎而發生性行為。

- 有偏差行為（例如逃家），可能因此和他人發生性行為，有時他是基於感情，或是生存上的需要，這時未成年子女可能就不想回家（因為在外慣了），這就成為父母提告的原因之一，因為父母在想辦法把孩子帶回來，因為他們會威脅小孩子說，如果不回家我就告對方，或是告訴對方說，你不要收留我家小孩，否則我就告，這樣子來讓小孩逼回家（關係封鎖）。但實際上，未成年人可能因此就去找下一個人（此種手段難以達成其目的）。

- 父母提出告訴後，往往有一串被告

- 用以告訴威脅小孩回家

- 限制少女在外關係發展

- 但此方式通常不會改善家庭關係
- 甚而有些家長以提告謀取和解金、賠償金

5. 教育面問題

- 處罰並非有效解決問題的方法，而應回歸性別教育。
- （書面意見）現今學校教育不夠完善，性別教育應包含教導兒少學習發展健康的情感關係、尊重他人身體自主權、情慾探索與情感表達等相關課程，增長兒少評估、判斷與他人為情慾與性行為之能力。
- （書面意見）其次，家長不願意與小孩談論性，致使孩童由其他（未受把關之）管道接收性相關資訊。故亦應針對家長提供親子共談性教育的課程，教導家長與孩子談性，以提升家庭性教育功能。

6. 法代獨立告訴權

- （書面意見）兩小無猜案件之被害人通常不自認為被害人，無告訴意願，故多數案件中，都是家長（法代）認自己孩子被欺侮堅持提告。
 - 此類個案親子關係多半緊張，孩子同時面對父母及對方（伴侶），易陷入兩難。
 - 另因同時須面對性侵害犯罪防治法、兒童及少年福利與權益保障法及性別平等教育法之通報與處理，國家資源的強制介入，面對多數無意願且不認己為被害人的當事人，社政、教育人員得能發揮功效有限。
- 多數由法代提起告訴
 - 少年法庭法官會參考小孩不想告意見
 - 不走長期性處分
 - 因為未成年人常常因為懷孕生子，丟給家長撫養，所以讓家長有獨立告訴權。許多都是女方家長先提告，然後男方家長也不甘示弱的提告，造成兩方互槓。
- 少年法庭發動後撤告不會結束
 - （書面意見）兩小無猜案件因無其他需保護性，多會建議不付審理交家長嚴加管教，而不會進入保護管束等長期處分。
 - 但過程還是要見調查官做審前調查，這樣等於是一個從行為上是加害人，一方式從法律手段是加害人，無助於對未成年人的保護。
 - 特別保護以刑法手段處理時應討論正當性及必要性

。 （書面意見）僅在針對家庭管教功能欠缺或個案衝動控制能力較薄弱者，法院多裁定保護管束，並函送主管機關評估施以身心治療或輔導教育之必要，以能長期應用社區處遇措施輔導少年。

7. 修法方向建議

• （書面意見）有關兩小無猜案件，宜以教育輔導方式提供相關知能，而不適於以刑法處罰方式待之，惟此議題各界意見分歧，司法改革國是會議雖有決議，也難立即改變，爰分以階段，建議修正如下：

。 第一階段：參照美國「年齡差距條款」（age gap provisions），增列兩小無猜年齡差距 2 至 4 歲情形下，予以除罪之規定。

。 第二階段：參考勵馨主張修改「性別平等教育法」及「兒童及少年福利與權益保障法」，對於現行的兩小無猜案件，不再以「性侵害」案件處理，而改以「未成年人親密關係事件」方式處理，讓學校或社工以教育或輔導方式，處理未成年人的家庭、親子、親密關係問題。

(四) 王玥好副執行長

1. 性犯罪案件處理經驗

- 兩小無猜基本上是在做親子工作，處理家長和子女間的問題，和強制性交要處理被害人的需求非常不一樣。

- 小孩面臨的困境小孩要忠於父母還是感情？父母就會一直說小孩是被逼的，父母不認為小孩會去同意做合意性交，這樣違反小孩在父母眼裡的乖小孩形象。但小孩內心可能有背叛其對象之感。社工在這種狀況下，沒辦法把處理強制性交的模式套進來。

- 勵馨一度退場，但後來討論到以刑法處理對兩造都是傷害。

2. 對於兩小無猜主張應除罪化

- 勵馨鼓吹除罪化，有民眾就反映勵馨是在鼓勵兒少性行為，但對兒少的過度保護，就是在弱化兒少的性自主能力。

- 與社會對話發生代溝，民意代表中缺少孩子的聲音。

- 我們雖然有在對孩子做性教育，但是沒有對家長做性教育，所以家長和孩子的性方面理解落差很大，導致我們可以發現，在修法的推動中，家長的反對聲浪很大，孩子的聲音無法出現。

3. 建議可以輔導先行

- 輔導先行，仍應由司法做後盾，能作為修法方向。以德國舉例：先教育輔導再以司法方式處理 -> 黃錦秋檢察官建議

- 106 年時，嘗試做兩小無猜的法律經濟分析，處理這些案件的司法成本是 2 億多，是否把這些錢拿去做前端的教育和輔導，這也是勵馨切入的點。

- 小孩之間沒有權力關係，但家長雙方之間有權力關係

- 評估應交由教育抑或是社政體系有爭論，不同體系皆有可能發生失能狀況

- 有學者認為不要用「兩小無猜」，可以命名為「兒少親密關係事件」

- 24 小時內通報，導致瞬間所有人都知道，且進入調查（重複對孩子訊問）

- 責任通報本來僅系要規範強制性交的案件，但最後非強制的狀況也會被通報

- （黃檢補充）社工要不要通報？法務部認為社工也要通報，否則違法，但是社工實際上根本不通報也不會怎樣，可是社工的教育訓練實際上都會教育

社工是準公務員，應該要通報。社工之前的教育訓練，也會被教育說，應該要讓被害人提告。

。 我們應該設定一個「兒少親密關係事件」專用的司法、社政的處理程序，不要再讓兒少親密關係事件再去被用強制性交的邏輯思維處理。

- 贊成勵馨立場以教育輔導處理
- 因為司法制度在社會上比較被認可，所以大家依賴司法。

(五) 張鈺孜醫師

1. 就刑法第 227 條之 1 年齡劃分之看法

● 青春期女生在 10~11、男生 12~13 歲，青春期穩定以月經規則，需要 2、3 年。

● 就醫學上，大部分同意 16 歲以上身理結構比較成熟（例如：骨盆腔、月經規則），比較適合懷孕，如果未滿 16 歲懷孕，其併發症比較可能增加，所以許多國家認為在 16 歲比較適合發生性行為。所謂有性自主權的應該除了具備性知識外，還要有身理與心理的成熟度（sex consent 應該是生理跟心理都認知到行為的前因後果，才是一個完整的同意。）。例如就女生而言，多數發生性行為主要是想要維繫感情，所以應該要知道發生性行為的後果可能有哪些，可能感染、懷孕等等。

● 太早有性行為的，在研究上得出的結果，是負面影響比較多，例如擔心是否有可能懷孕、懷孕要不要人工流產或吃藥，而且很多人都是比較晚才知道自己懷孕，拿不拿都尷尬，生下來誰養？這一切過程對於青少年都是很大的壓力，因此未成年的性行為從醫學上是負面影響多於正面影響。相對的，16 歲以上在理解功能跟認知功能上，醫學上認為，比較可以理解了解，行為的前因後果。

2. 不認同優生保健法第 9 條撤銷法定代理人同意

● 因為那些手術屬於「侵入式」治療，必須要讓法定代理人了解，法定代理人才能給予未成年人充足的協助，等到真的上手術台才讓法定代理人了解可能已經太晚，這是對於病患而言相當大的風險，且若有緊急狀況發生時醫生及病患都須承擔醫療風險。

● 實務上狀況：未成年人認為小孩是愛情結晶不想流產、父母逼迫小孩去人工流產、處理家長不是處理小孩，應要討論家長不能接受原因，教育其實才是根本，防堵或懲罰不是治本的方式。

3. 少年間合意如何判定

● 大多數有感情基礎，若能理性討論者防範措施也通常會事先討論，以避免懷孕狀況。

- 但半推半就可以算合意嗎？(此類案件數量多)可能被害人隔天想想不要，但當下也沒說不好，行為人就覺得 ok 了。也不可能去要求他們要行為預告或知情同意，所以實務上去認定同意有其困難，就是順其自然發生而不知道怎辦。

4. 青少年之意願應予尊重

- 醫院端主要處理是否性侵的採證，若父母堅持要告仍然要走性侵路線，但會由社工先做溝通，父母的狀態基本上都氣撲撲，很難和解或勸退。

- 青少年身心發展方面來說，應該要尊重青少年。於程序中多加傾聽青少年之聲音

- 如何減少青少年的心理負擔（商談模式）
- 尊重孩子意願
- 以彈性條款使得傷害能達到最小，不要讓司法程序變成對孩子的傷害。

七、第三輪座談

由志潔老師、天一老師、純良老師對於上述專家來賓分享之意見、感想做出補充以及提問，茲分述如下：

(一) 張天一老師

- 男方的身心成熟度搞不好比女方還要低，難以界定是對誰身心發展有害
- 過去日本也很早就結婚，只是近年對於未成年保護意識提高所以開始提升合意性自主的年齡。近年日本甚至因為未成年人對性沒興趣，因此引起社會擔憂，未來可能會產生新的議題。

- 法律制度縱然走到很前面，但社會文化往往不允許，所以常常出現父權思想來制定法律，並剝奪未成人之決定權（大人世界過度介入）

- 家長期待由法院或學校來幫不知道怎麼管教小孩的家長管教小孩。
- 通報的結果會導致一律送到學校性平委員會，學校其實更可怕。

(二) 惲純良老師

- 應就法定代理人獨立告訴權作條件限制。
- 應當讓小孩的意見在告訴部分可以更被考量
- 使檢察官有更多裁量權，使得部分案件得裁量不起訴。
- 是否有因為分手而提起告訴作為報復之案例？
 - 黃檢回應：比較多在成年案件，但未成年案件有誣告罪負擔

(三) 林志潔老師

- 現今之人工流產八週公投之議題也會跟未成年人合意性交有關，兩者是時序先後之問題。關於性別教育平等法的配套措施也可以寫進報告中。

- 進行此等研究可能會面臨宗教團體之大力反彈，但法務部應當更勇於改革法制，進而鼓勵其他部會跟進。

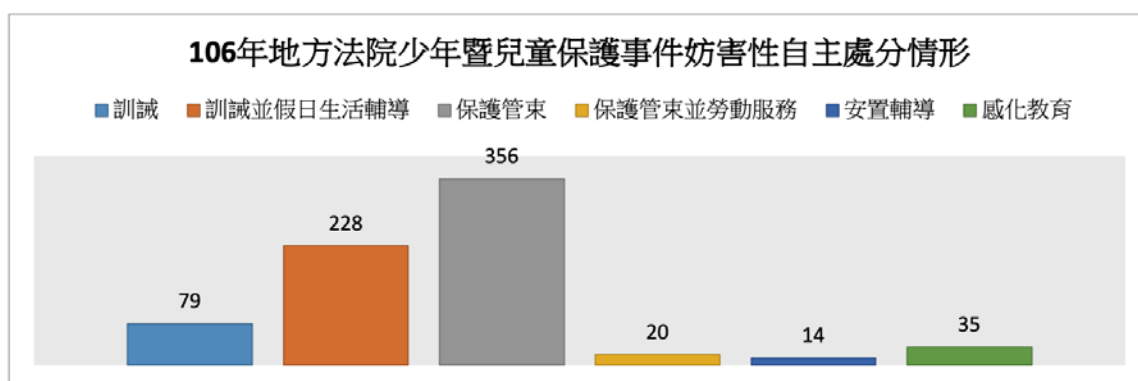
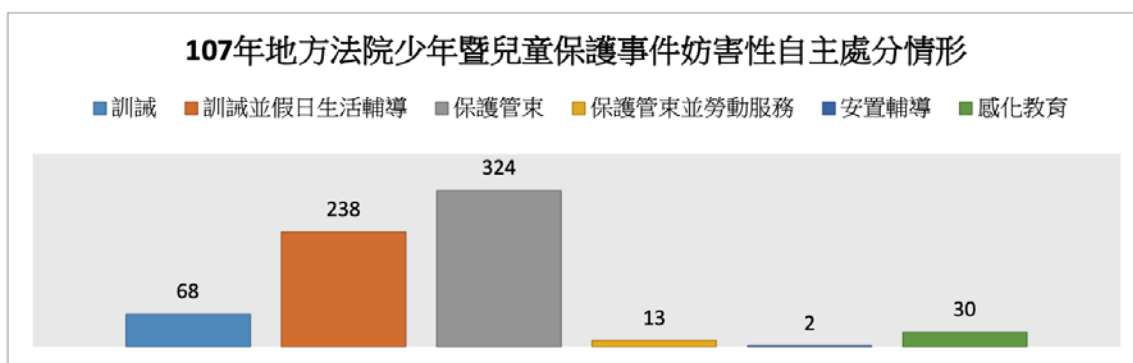
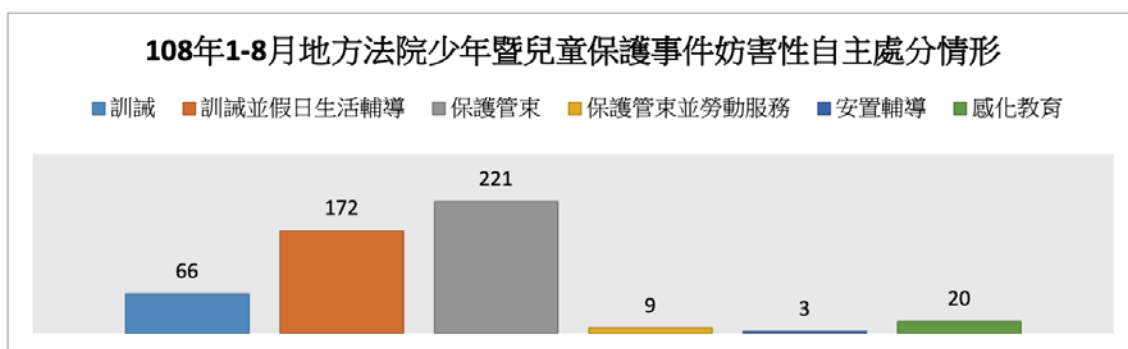
附錄六：王以凡主任調查保護官針對第一次焦點座談提供之書面意見

(一) 現行刑法§227 中，以年齡（14、16 歲）作為性自主能力之分界，您認為此等年齡分界是否合理？其是否存有任何科學實證研究基礎？您認為年齡門檻應如何修正較為適當？

- 一、參照經濟社會文化權利國際公約第 14 號一般性意見：享受可能達到之最高健康標準的權利，其中「8.享有健康權，不應理解為身體健康的權利。健康權既包括自由，也包括權利。自由包括掌握自己健康和身體的權利，包括性和生育上的自由，以及不受干擾的權利，如不受酷刑、未經同意強行治療和試驗的權利。...」。由此觀之，所有人均應有掌握自己健康和身體的權力，包括性和生育的自由。亦即性自主權為人天生擁有的權利，不因年齡大小而有影響，惟考量人類生理、心理發展，及我國教育進程，年齡較低之兒少是否具有評估、判斷同意與他人為情慾與性行為之能力(性意識)，尚須審慎思考，故須於法律明定「性同意權」之年齡界限。
- 二、有關性同意權年齡分界門檻，除考量少年生理、心理發展外，亦需考量我國義務教育年齡、可結婚年齡、可工作及自立之年齡，以能周顧衍生之懷孕、育兒問題，現行所定之年齡（14、16 歲）作為性同意權的分界，似參考人類發展學之生理、心理發展進程而定。
- 三、現行法制係以刑法處罰方式避免未成年人發生性行為，但從實務案例來看，處罰並非有效解決問題的方法，故就此議題，認宜回歸性別教育議題，應教導兒少學習發展健康的情感關係與尊重他人身體自主權，學校教育應規劃情慾探索與情感表達等相關課程，增長兒少評估、判斷與他人為情慾與性行為之能力。其次，亦應針對家長提供親子共談性教育的課程，教導家長與孩子談性，以提升家庭性教育功能。
- 四、總統府司法改革國是會議第五分組決議刑法第 227 條、第 227 條之 1：建議相關主管機關參酌其他國家立法例，檢討目前「兩小無猜」間合意性行為之相關刑罰與通報規定，以教育輔導取代訴訟程序、以服務供給取代刑責。惟此議題各界肯定與否定意見分歧，一時間似難予修正，故可參考國外立法例，於一定條件下予以除罪，例如美國「年齡差距條款」(age gap provisions)，兩小無猜年齡差距 2 至 4 歲情形下，予以除罪，以解現況之窒礙。

(二) 現因為未成年性自主案件而接受少年保護處分的案件數量為何？主要執行的措施為何？為何實務上偏好該主要執行措施？

一、妨害性自主交付保護處分統計數據



二、法院有下列處分類型：

1. 訓誡，或訓誡及假日生活輔導 3-10 次（保護處分）：
 - a) 由法官執行訓誡，多以法官親自向少年說明未來應注意事項及相關法規，或規劃一次性課程，聘請他人擔任講座，對少年講授課程等方式進行。
 - b) 假日生活輔導由少年保護官受案執行，每案均會在兩年內執行完畢，多數法院採行假日團體授課方式，少年到院參與法院排定的法律、性別、情感、人際、理財、職涯、休閒、勵志等等類型課程，若出席狀況正常，約到院參與 5-7 次課程，即能結案。少數法院保護官會採個

別輔導方式，準備法律、性別等教材，請少年閱讀填寫後，再由少年保護官個別會談，教導教材內容，並討論少年近期家庭、教育與生活情形，若出席狀況正常，約進行 5-7 次會談後結案。

2. 保護管束，或保護管束並命為勞動服務（保護處分）：

- a) 由少年保護官受案執行，執行期間三年，如少年表現良好，得透過少年保護官提出免除執行聲請，由少年法庭審核裁定，而得提前結案。保護管束自少年第一次向少年保護官報到開始起算執行期，初執行前三月，保護官每月需與少年會談至少 2 次，第四月起每月需與少年會談至少 1 次，保護官並會視少年狀況及需求，擇期前往少年住家、工作地或其他與少年相關之處所訪視，以了解少年各項實況；保護官隨時觀察少年現況，給予少年各種應遵守事項之規定，如少年有違反，將會核發勸導書，並評估是否提出留置觀察或撤銷送感化教育的聲請，以各種方法，約束及調整少年行為。
- b) 在保護管束執行期內，也會按照少年需求，命其參與法院舉辦的課程、方案(例如性別、情感、法律、職訓體驗、職涯試探、毒品危害知能、挫折復原力等)，或轉介少年使用社區、福利、教育、職訓等資源(例如衛生局青少年戒癮服務、桃竹苗分署青春展翼職訓班、大心協會弱勢青少年職涯試探班等)，同時也會不定期邀請少年家長參與團體或親職課程。
- c) 妨害性自主案由之保護管束案件，如有送主管機關施以身心治療或輔導教育，少年保護官於保護管束執行期內，會與衛生局委託之心理師保持聯繫，掌握少年出席課程狀況，命少年配合出席，若少年未按時出席或有其他不配合之情事，保護官會以核發勸導書、聲請留置觀察或撤銷保護管束等方式處理。

3. 感化教育（保護處分）：

- a) 由少年法庭交付少年矯正學校執行，並指派少年保護官與感化教育執行機關（構）隨時保持聯繫，共同輔導少年。感化教育執行期為三年，少年矯正學校以累進處遇積分制度考評少年，於其累進進等至二、一等時，檢具事證向法院提出免除或停止執行之聲請；除少年矯正學校外，少年保護官亦得於少年感化教育執行逾六月後，檢具無繼續執行必要事證，向法院提出免除或停止執行之聲請，惟因少年保護官非為感化教育之主要執行者，也難掌握少年在校真實表現，甚難跳脫少年矯正學校之累進等第，提前為少年提出免除或停止之聲請。

- b) 感化教育之課程與輔導，仍由少年矯正學校主導一切，少年保護官則約每三月至矯正學校輔訪少年 1 次，並與少年會談。如少年有特殊情狀，保護官也會嘗試聯繫相關行政部門，請求提供福利服務（例如少年無家可歸，保護官會函請市府派員與保護官入校共同訪視評估少年自立服務需求）。
- c) 妨害性自主案由之感化教育案件，如有送主管機關施以身心治療或輔導教育必要，少年法庭會於交付少年矯正學校執行時，函知少年矯正學校及主管機關，請少年矯正學校於感化教育執行期內安排性別課程，並請校方於少年出校時，函知主管機關，以便於少年出校後啟動社區身心治療或輔導教育機制。少年矯正學校遇此類案件，則會依性侵害 犯罪加害人身心治療及輔導教育辦法規定，於校內進行相關課程，成立評估小組，於少年出校前進行評估，並將需接受身心治療或輔導教育之處遇建議，提供其戶籍所在地之直轄市、縣（市）主管機關，以便少年出校後，安排進入社區身心治療或輔導教育課程。
- d) 部分保護官會留意聲請停止或免除感化教育少年之案由，遇妨害性自主案件，即便矯正學校聲請免除，保護官也會建議少年法庭裁定停止感化教育改付保護管束，以續留保護管束案件監督少年配合身心治療或輔導教育課程。

4. 緩刑付保護管束（保安處分）：

- a) 按少年事件處理法第 82 條規定，緩刑或假釋付保護管束案件由檢察官指揮，於受保護管束人滿 23 歲前，由檢察官囑託法院少年保護官執行。
- b) 由少年保護官受案執行，初執行前三月，保護官每月需與少年會談至少 2 次，第四月起每月需與少年會談至少 1 次，保護官並會視少年狀況及需求，擇期前往少年住家、工作地或其他與少年相關之處所訪視，以了解少年各項實況；保護官隨時觀察少年現況，並依保安處分執行法規定執行，如少年違反法定應遵守事項，將會核發告誡書、陳述意見通知書等，並將受保護管束人違反保安處分執行法第 74 條之 2 應遵守事項之情，檢卷送請檢察官審查評估，如認受保護管束人確有違反法律規定，建請檢察官依法研處。另外，保護官會定期申請調閱受保護管束少年前科紀錄，確認有無再犯及再犯案件處理進度，如發現有中華民國刑法第 75 條、第 75 條之 1 規定情形時，亦會檢卷送請檢察官審查、依法研處。
- c) 在保護管束執行期內，也會按照少年需求，命其參與法院舉辦的課程、方案(例如性別、情感、法律、職訓體驗、職涯試探、毒品危害

知能、挫折復原力等)，或轉介少年使用社區、福利、教育、職訓等資源(例 如衛生局青少年戒癮服務、桃竹苗分署青春展翼職訓班、大心協會弱勢青少年職涯試探班等)，同時也會不定期邀請少年家長參與團體或親職課程。

- d) 妨害性自主案由之保護管束案件，均須配合主管機關施以身心治療或輔導教育，少年保護官於保護管束執行期內，會與衛生局委託之心理師保持聯繫，掌握少年出席課程狀況，命少年配合出席，若少年未按時出席或有其他不配合之情事，保護官會以核發告誡書、檢卷函請檢察官審查研處等方式處理。

5. 有期徒刑，或假釋付保護管束（保安處分）：

- a) 監獄或矯正學校會依性侵害犯罪加害人身心治療及輔導教育辦法規定，於校（監）內進行相關課程，成立評估小組，於少年出校（監）前進行評估，並將需接受身心治療或輔導教育之處遇建議，提供其戶籍所在地之直轄市、縣（市）主管機關，以便少年出校後，安排進入社區身心治療或輔導教育課程。
- b) 按少年事件處理法第 82 條規定，緩刑或假釋付保護管束案件由檢察官指揮，於受保護管束人滿 23 歲前，由檢察官囑託法院少年保護官執行。
- c) 由少年保護官受案執行，初執行前三月，保護官每月需與少年會談至少 2 次，第四月起每月需與少年會談至少 1 次，保護官並會視少年狀況及需求，擇期前往少年住家、工作地或其他與少年相關之處所訪視，以了解少年各項實況;保護官隨時觀察少年現況，並依保安處分執行法規定執行，如少年違反法定應遵守事項，將會核發告誡書、陳述意見通知書等，並將受保護管束人違反保安處分執行法第 74 條之 2 應遵守事項之情，檢卷送請檢察官審查評估，如認受保護管束人確有違反法律規定，建請檢察官依法研處。另外，保護官會定期申請調閱受保護管束少年前科紀錄，確認有無再犯及再犯案件處理進度，如發現有中華民國刑法第 78 條規定情形時，亦會檢卷送請檢察官審查、依法研處。
- d) 在保護管束執行期內，也會按照少年需求，命其參與法院舉辦的課程、方案(例如性別、情感、法律、職訓體驗、職涯試探、毒品危害知能、挫折復原力等)，或轉介少年使用社區、福利、教育、職訓等資源(例 如衛生局青少年戒癮服務、桃竹苗分署青春展翼職訓班、大心協會弱勢青少年職涯試探班等)，同時也會不定期邀請少年家長參與團體或親職課程。

- e) 妨害性自主案由之保護管束案件，均須配合主管機關施以身心治療或輔導教育，少年保護官於保護管束執行期內，會與衛生局委託之心理師保持聯繫，掌握少年出席課程狀況，命少年配合出席，若少年未按时出席或有其他不配合之情事，保護官會以核發告誡書、檢卷函請檢察官審查研處等方式處理。

三、實務偏好之執行措施：

執行措施多視個案狀況及需求，或法官、調查官個人判斷而定，難論偏好。一般兩小無猜妨害性自主案件(無其他偏差行為者)，因無其他需保護性，多會建議不付審理交家長嚴加管教，而不會進入保護管束等長期性處分。惟針對家庭管教功能欠缺或個案衝動控制能力較薄弱者，法院多裁定「保護管束」處分，並函送主管機關評估施以身心治療或輔導教育之必要，以能長期應用社區處遇措施輔導少年。

(三) 未成年性自主案件對未成年人身心有何影響？，又該等影響成因為何？少年接受保護處分後有何變化？

- 一、兩小無猜事件，被害人通常不自認為被害人，無告訴意願。多數係因家長認自己孩子被欺侮堅持提告而被迫上法庭，此類個案親子關係多半緊張，有時孩子顧及父母及對方(伴侶)，易陷入兩難。另因同時須面對性侵害犯罪防治法、兒童及少年福利與權益保障法及性別平等教育法之通報與處理，國家資源的強制介入，面對多數無意願且不認己為被害人的當事人，社政、教育人員得能發揮功效有限。
- 二、法院處理兩小無猜案件，除非行為人品格、經歷、身心狀況、家庭情形、社會環境、教育程度等事項有其特殊性，評估認有需保護性，不然多數會從輕處分，以不付審理交家長嚴加管教、訓誡及假日生活輔導為主，也不會依照性侵害犯罪防治法第 20 條第 2 項規定，函請主管機關評估有無施以身心治療或輔導教育的必要。未成年妨害性自主案件(非兩小無猜案件)進入保護處分，對其影響觀察如下：
 - 1. 正向影響：對法律規定、人我界線、尊重、自我保護、情感教育有較多的瞭解與認識。
 - 2. 負面影響：同儕間的耳語與標籤造成心理壓力並間接影響生理或拒學等、歷經性平司法程序而對性產生羞恥、罪惡或害怕，潛意成對未來性關係的影響而不自知、懷孕的後續問題、家長與少年態度不同調所衍生的問題。
 - 3. 若為強制性妨害性自主案件，亦常見創傷壓力症候群之相關症狀，且在司法歷程中，再次經歷同案的痛苦。因次在司法程序中，如何強化正向效果、降低負面影響，亦是未來處遇可再加強部分。

(四) 經國內文獻研究之結果，現行法中賦予法定代理人獨立告訴權，常使兩小無猜事件演變成雙方家長互為追訴之情形。自少年保護實務以觀，您認為是否應該限縮法定代理人獨立告訴權？

一、辦理妨害性自主案件，實務上常見幾種狀況：

1. 兩小無猜案件：女孩無意提告，家長堅持提告，男方家長為應對，隨之提告，兩者於法庭上同為被害人、加害人。兩造父母需負連帶責任，將成為後續民事訴訟案件共同被告，雙方若無法達成和解共識，可能演變為家長間戰爭，紛爭難熄。
2. 少女與多位成年或未成年男性發生性行為，家長隨之出面提告，並積極與被告商議和解，取得高額賠償金。
3. 少男少女交往，男方期待發生性關係，女方並不想，但男方以分手為要脅，少女為留住所愛，而半推半就下答應發生性行為，男方為留紀念，而拍攝親暱照片，事後出示照片對友炫耀，對女方造成嚴重的傷害。
4. 逃家少女於逃家期間到處投靠網友或男性友人，並在自願情形下與網友或男性友人發生性關係，家長向警方通報協尋失蹤人口，當尋獲少女時，發現子女與多人發生性行為，憤怒之餘，一一提告，除希望為子女討回公道外，也希望這些男性友人能受教訓，不要再容留逃家少女。

二、有關法定代理人獨立告訴權，意即子女(雖未違反其意願，仍被稱為被害人)不願提告，家長仍可提出刑事告訴。惟刑法第 229 條之 1 規定 兩小無猜案件須告訴乃論，但在法定代理人擁有獨立告訴權法律規定下，父母可違反被害人(子女)意願，有權決定是否向被告提告，使其受罰。有論者認為賦予法定代理人獨立告訴權，兩小無猜雖得因 227-1 條而減輕或免除其刑，但部分法代會再以民法 187 條要求對方賠償，而認為此為民法將「貞操」當財產，把未成年人「物化」的概念，但從保護兒少的觀點來看，對尚不具評估、判斷同意與他人為情慾與性行為能力的兒少而言，確實仍需要家長守護其權益。

三、參照兒童權利公約第 20 號一般性意見書：青春期兒童的權利，其中「23. 根據《公約》第 12 條，締約國應採取措施，保證青少年有權根據其年齡和成熟程度對他們所關心的所有事項發表意見，並確保在關於青少年的教育、健康、性行為、家庭生活以及司法和行政訴訟的決定中，對這些意見給予適當的重視。……應建立有權裁定青少年提出的申訴的安全、便捷的投訴和補救機制，並提供有補貼或免費的法律服務和其他適當援助。」，由此觀之，青少年對於關己之事仍應有發表意見權和參與權，故就法定代理人獨立提出告訴之際，若兩小無猜青少年對此告訴有不同

意見，宜於法律明定法官審理時應參酌未成年所提之 意見，以尊重其表意及參與權。

(五) 未滿 18 歲與 18 歲之行為人，受到的保護管束內容是否有所不同？18 歲之行為人是否亦適用性別犯罪防治法中的科技監控規定？

一、本題答述，係以緩刑或假釋付保護管束案件為論述，未涵括少年保護 事件之保護管束。

二、行為時未滿 18 歲者，依少年事件處理法辦理，此與行為時滿 18 歲成年人處理方式不同，未滿 18 歲者即便依照少年事件處理法第 27 條規定裁定移送於有管轄權之法院檢察署檢察官偵查，起訴後仍由法院少年法庭審理，而後之緩刑或假釋付保護管束，於受保護管束人滿 23 歲，由 檢察官囑託法院少年保護官執行之，其執行方式、標準，過往係依舊 少年事件處理法第 82 條第 2 項規定，適用該法第三章第二節保護處分 之執行規定，後因 108 年 6 月 19 日少年事件處理法修正，刪除上開規定， 法院少年保護官之執行，始明確回歸依保安處分執行法規定辦理，因 院方保護官尚處於適應摸索期，故保護管束執行內容與方式，仍與少 年事件保護處分之保護管束雷同，未來是否會再行調整，尚待觀察。 若以各法院現行之執行狀況而論，其執行內容與標準應與檢察署觀護人有所差異。

三、18 歲之行為人，依性侵害犯罪防治法第 20 條第 3 項第 7 款規定，得由觀護人報請檢察官、軍事檢察官許可，對其實施科技設備監控。未滿 18 歲之行為人尚無法律依據，得對其施以科技監控。

(六) 自少年保護實務以觀，現行法或審判實務應如何修正，方能更有助 保護處分發揮健全未成年身心發展之效？

有關兩小無猜案件，宜以教育輔導方式提供相關知能，而不適於以刑 法處罰方式待之，惟此議題各界意見分歧，司法改革國是會議雖有決 議，也難立即改變，爰分以階段，建議修正如下：

一、第一階段修法：參照兒童權利公約第 20 號一般性意見書：青春期兒童的權利，其中「40.委員會提醒締約國，它們有義務確認，18 歲以下的人有權受到持續保護，免受一切形式的剝削和虐待。委員會重申，鑒於相關風險和傷害的程度，結婚、應徵入伍、參與危險工作或剝削性的工作以及購買和消費酒精和煙草的最低年齡應限定為 18 歲。締約國應考慮到，必須在保護與不同階段接受能力之間取得平衡，在確定同意性行為的法定年齡時界定一個可接受的最低年齡。各國應避免將年齡相近的青少年進行的事實上同意和非剝削性的性活動定為犯罪。」，故我國刑法修法得建議參考美國「年齡差距條款」(age gap provisions)，增列兩小無猜年齡差距 2 至 4 歲情形下，予以除罪之規定。

二、第二階段修法：建議參考勵馨主張修改「性別平等教育法」及「兒童及少年福利與權益保障法」，對於現行的兩小無猜案件，不再以「性侵害」案件處理，而改以「未成年人親密關係事件」方式，讓學校或 社工以教育或輔導方式，處理未成年人的家庭、親子、親密關係問題。不過，一旦校方知道未成年人發生性行為，仍須以性別平等教育法及兒童及少年福利與權益保障法進行通報，依此確認未成年人的性行為，有無性侵、性剝削、是否真實為兩小無猜案件等。

附錄七：第二次專家焦點座談會提問及訪談紀要

一、時間：2019年2月8日 13:30~16:30

二、地點：交通大學台北校區第四會議室

三、與會專家：司法院家事廳謝靜慧廳長、桃園地方法院王乙凡主任調查保護官、亞洲大學附屬醫院小兒神經科張鈺孜主任、財團法人勵馨社會福利基金會王玥好執行長、前立法委員林靜儀醫師

四、參與人員：國立交通大學林志潔教授、中原大學張天一副教授、國立雲林科技大學惲純良副教授、國立交通大學金孟華副教授、林均禧研究助理、張羽筑研究助理、范朝詠研究助理、羅家曲研究助理

五、座談提問：

(一) 前言－德國法規範模式參照

經進行美、日、德、瑞四國之外國立法例研究後，本計劃擬以德國「絕對保護／相對保護」立法模式為我國刑法中未成年人性行為管制之修正方向，下略述之：

德國法對於未成年人性行為以 14 歲為分界點，對於 14 歲以下之兒童及以上之青少年進行性相關行為分別明文於德國刑法第 176 條(對兒童之性侵害罪, *Sexueller Missbrauch von Kindern*) 及第 182 條。

前者係採取絕對保護之立法模式，即與未滿 14 歲兒童為性接觸行為是法所絕對禁止的。相對而言，因立法者肯認青少年有與他人合意從事性行為之能力，故後者在則係採取相對保護之規範模式。即與青少年進行性相關行為原則上無罪，僅有法官個案認定符合下列三項例外情形下始例外入罪：

1. 行為人利用面臨受迫情狀 (*Ausnutzen einer Zwangslage*) 之青少年。所謂受迫情狀指的是被害人決定或的可能性受到受限，使得被害人拒絕行為人性活動的抗拒理由明顯偏低之情況。
2. 超過 18 歲之行為人，以提供金錢為對價之方式換取青少年與之進行性行為。
3. 超過 21 歲之行為人，對於未滿 16 歲之被害少年，利用其欠缺性自主決定能力之情狀 (*durch Ausnutzen der fehlenden sexuellen Selbstbestimmungsfähigkeit*) 而發生性行為。

(二) 刑法第 227 條擬修改方向簡述

1. 擬以 14 歲為分界，14 歲以下為絕對保護之範圍，14 歲以上未滿 16 歲則為相對保護範圍。
2. 刑法第 227 條第 1 項及第 2 項之條文不予更動。

3. 刑法第 227 條第 3 項及第 4 項之條文擬除罪化，惟除罪化之範圍應僅限於兩小無猜之情形，因此下列情形所為之性交或猥褻行為仍應處罰之：
- 1) 根據行為人的智識程度，行為人的性認識處於明顯優於被害人的優勢地位，並利用此優勢地位與未成年人性交或猥褻。
 - 2) 基於對價關係所為之性交或猥褻行為。
 - 3) 其他貶抑、壓制兒童的性自主而為的性交或猥褻行為。

(三) 刑法第 227 調擬修法對照意見

條號	現行條文	擬修正條文	說明
§227I	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。	不予更動	<p>一、從醫學角度而言，過早發生性行為對於兒童的負面影響多於正面影響。</p> <p>二、從衛生福利部之調查來看，未成年人第一次發生性行為之年齡好發於 14 歲以上。</p> <p>三、為保護未成年人之身心正常發展，以及避免刑罰權過度擴張，將 14 歲以下之未成年人列為刑法絕對保護之範疇。</p>
§227II	對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。		

<p>§227III</p>	<p>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。</p>	<p>對於十四歲以上未滿十六歲之男女，有下列情形而為性交者，處__年以下有期徒刑。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) 利用明顯優於被害人 之性智識程度。 2) 利用其面臨受迫情 狀。 3) 基於對價關係而與之 發生性交。 4) 其他貶抑、壓制其性 自主權之行為而與其發生 性行為者。 	<p>一、本條修正將與青少年為性行為之入罪情狀明列。</p> <p>二、醫學上多同意十六歲屬於女性生理構造較為成熟的階段，因此在十六歲之前仍有以法律保護未成年人之必要。</p> <p>三、本條過往雖訂於妨害性自主罪章，學理上多認為保護法益為青少年之身心發展；但保障兒童自由發表意見的權利屬兒童權利公約第十二條之內容，以及公約第十二號一般性意見的四項基本原則之一。而根據第四號一般性意見，自由發表意見亦具有自由發展權上的意義，應保障兒童表達性同意的最低年齡，並根據智識能力尊重其作為權利享有者的地位。</p>
<p>§227IV</p>	<p>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。</p>	<p>對於十四歲以上未滿十六歲之男女，有下列情形而為猥褻者，處__年以下有期徒刑。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) 利用明顯優於被害人 之性智識程度。 2) 利用其面臨受迫情 狀。 3) 基於對價關係而與之 發生性交。 4) 其他貶抑、壓制其性 自主權之行為而與其發生 性行為者。 	<p>四、本條對於與未成年人性交之行為，除絕對保護未滿十四歲之未成年人外，對於十四歲以上未滿十六歲者應僅例外處罰未成年人性自主遭受貶抑、壓制，或是基於對價之性行為等，以兼顧尊重未成年人性自主與避免未成年人受性剝削之目的。</p>

§227V	第一項、第三項之未遂犯罰之。	不予更動	
§227 條之 1	十八歲以下之人犯前條之罪者，減輕或免除其刑。	刪除	刑法第 227 條已改採相對/絕對保護模式，因此已毋需再另外以刑法第 227 條之 1 給予刑罰優惠。
§229 條之 1	對配偶犯第二百二十一條、第二百二十四條之罪者，或未滿十八歲之人犯第二百二十七條之罪者，須告訴乃論。	對配偶犯第二百二十一條、第二百二十四條之罪者，須告訴乃論。	刑法第 227 條已改採相對/絕對保護模式，因此若未滿十八歲之人犯刑法第 227 條之罪，屬非告訴乃論。

(四) 少年事件處理法擬修法方向

條號	現行條文	擬修正條文	說明
§38I	少年法院認為必要時，得為下列處置： 一、少年為陳述時，不令少年以外之人在場。 二、少年以外之人為陳述時，不令少年在場。		
§38II	前項少年為陳述時，少年法院應依其年齡及成熟程度權衡其意見。	前項少年為陳述時，少年法院應依其年齡、成熟程度及少年之最佳利益權衡其意見。	一、本條修正。 二、按照兒童權利公約第三條之要求，法院應為兒童之最佳利益為考量。 三、本條修正法院權衡少年之意見時亦應考量少年之最佳利益。

法院應確保少年為第一項陳述前，已充分了解遭控訴之內容，以及法院可能作成之決定對少年的風險與後果；並提供少年作出陳述所需之必要資訊。

一、本條第三項、第四項新增。

二、按照兒童權利公約第十二條之規定，兒童有權在司法程序中表達自身意見。公約第十號一般性意見更指出，兒童有權直接提出意見，只要符合兒童最佳利益；以及幫助兒童了解對其的指控和司法措施，俾使兒童能夠確實有效地參與訴訟。

三、兒童權利公約第十二號一般性意見認為，國家應保障兒童在影響自身權利的程序中發表意見，而意見的發表需處於適合兒童且能協助兒童發表意見的環境，且應使兒童得以直接或透過代表表示意見；此外，兒童發表意見的步驟，應包含：事前準備、聽取意見、評估能力、給予回應以及權利救濟機制。

四、考慮兒童權利公約之規定及一般性意見的建議，少年事件處理法第三十六條除保障兒童發表意見的權利外，亦需確保兒童得以獲得充足的協助發表意見。

六、座談紀要：

（一） 開場與議題說明

本計劃預計採行德國「相對／絕對保護」之立法模式，擬請各位專家今日就此方向提供建議，期待能將修正草案中之「脆弱處境」之態樣予以明確化。

（二） 專家意見表述與綜合討論

1. 林靜儀醫師

- 修法設計應將可能輿論方向列入考量—建議不要將修法簡化為刑法第 227 條之「除罪化」，以避免議題被民間團體操弄以及扭曲化。

- 兩小無猜議題不能簡化成第 227 條的除罪化，因為過去同性婚姻合法化之後有人造謠認為民進黨要把第 227 條除罪化，恐怕會引起保守團體的嚴重反彈和攻擊，這在 2015、2016 年時曾經發生過，因此在設計修法草案時要小心這方面的論述，不能直接說是第 227 條除罪化，有些人會給予滑坡，應該是說讓第 227 條更合理去處理例如兩小無猜的問題。

- 臨床上經驗提供—修法理由中要就常見認知落差為闡明

- 案例：未滿 16 歲的女生非預期懷孕，媽媽非常生氣要找對方來要告，後來問了一下才發現男方也未滿 16 歲，林醫師提醒男方也可以告，女方媽媽才反應過來。醫師提醒處理修法時，要處理「這個條文不是單來保護女性而已」之認知上的落差。

- 對擬修正模式之綜合評析—修法應注意不會和他法衝突（年齡門檻與通報義務）、年齡差距條款設計較為直觀、同意 227-1 條文刪除

- 依現行民法，16 歲女性可以結婚，婚後便視為完全行為能力人，於此種情況才能自主決定人工流產事宜，無需監護人或法定代理人同意。

- 依據現行刑法，實務上對於 16 歲可以為性交卻不能處理墮胎事宜一直感到疑惑。如果 16 歲可以性交，那後續是否可以一併處理（生育自主）。

- 贊成第 227-1 條文刪除，因在 18 歲公民權的脈絡之下應可刪除。

- 對於採取年齡差距條款看法：因為相較於草案規範，年齡差距條款較為直觀。對於民眾可能接受度較高，因為民眾難以理解什麼叫做有權力差或相對弱勢的情形。

- 未來政府擬推動公民權、民法上結婚之年齡修正，將民法上成年、合法結婚年齡都拉到 18 歲。若未來修正通過，完全行為能力之 18 歲界線以及本計畫擬訂之 14、16 歲年齡界限是否會有扞格的問題？

- 兒童及少年福利與權益保障法§49+53 條：未成年懷孕來產檢，醫師要通報，這個問題需要一併處理，曾有案例醫師未通報被行政處理。

兒童及少年福利與權益保障法§49

1. 任何人對於兒童及少年不得有下列行為：

……九、強迫、引誘、容留或媒介兒童及少年為猥褻行為或性交。……

2. 前項行為經直轄市、縣（市）主管機關依第九十七條規定裁罰者，中央主管機關應建立裁罰資料，供政府機關（構）及其他經中央主管機關同意之機構、法人或團體查詢。

§53

1. 醫事人員、社會工作人員、教育人員、保育人員、教保服務人員、警察、司法人員、移民業務人員、戶政人員、村（里）幹事及其他執行兒童及少年福利業務人員，於執行業務時知悉兒童及少年有下列情形之一者，應立即向直轄市、縣（市）主管機關通報，至遲不得超過二十四小時：……三、遭受第四十九條第一項各款之行為。……

2. 任何人知悉兒童及少年有前項各款之情形者，得通報直轄市、縣（市）主管機關。

3. 直轄市、縣（市）主管機關於知悉或接獲通報前二項案件時，應立即進行分級分類處理，至遲不得超過二十四小時。

4. 直轄市、縣（市）主管機關受理第一項各款案件後，應提出調查報告。

5. 第一項及第二項通報人之身分資料，應予保密。

6. 直轄市、縣（市）主管機關於提出第四項調查報告前，得對兒童及少年進行訪視。訪視顯有困難或兒童及少年行方不明，經警察機關處理、尋查未果，涉有犯罪嫌疑者，得經司法警察機關報請檢察機關處理。

7. 第一項至第四項通報、分級分類處理、調查與其作業期程及其他相關事項之辦法，由中央主管機關定之。

2. 王玥好執行長

- 針對前述強制通報問題之回覆

現行有在推動性侵害犯罪防治法之修正草案：強制通報問題，成年人目前朝向當事人同意才通報，但未成年人仍維持強制通報。

研究團隊補充：目前在國會圖書館中查找歷年來的性侵害犯罪防治法修正草案，似乎尚未見得檢討強制通報問題的修正草案提出。但從勵馨基金會在「台灣性侵害受害人政策檢視及倡議延伸計畫-- 兩小無猜事件處遇執行之跨國分析比較」研究報告中可以發現，台灣的強制通報制度相較於美國、日本及瑞典而言確實較為嚴格且寬泛，日本與瑞典似乎沒有強制通報的要求；而美國各州原則是未成年人與成年人性交、未成年人間年齡差距過大或兒童遭到性剝削或性虐待的情形，才有強制通報義務產生。而台灣的強制通報義務並未區分案件類型也未給予專業人員一定的裁量空間，相較美國各州的規定而言確實有予以檢討修正的可能。

- 針對德國法之立法模式中亦包含年齡差距之設計（§182III）提出疑義。
 - 純良老師回應：該條重點在於未滿十六歲處於「欠缺性自主決定能力」之狀態，此謂被害人實處於一個脆弱處境，因此其同意實際是在一半強迫狀態。之所以法條設計為於 21 歲以上對 16 歲以下犯之，係因雙方年齡差距五歲以上即有明顯之「力量上落差」。
- 針對擬修正條文中「對價關係」表示意見。
 - 性侵害案件中常見「賄賂」之現象，但究竟是賄賂還是對價難以區分，兒童及少年性剝削防制條例本來要處理的是「商業交易」，因此人際之間的這種對價的性關係自非該法所處理的。
 - 天一老師補充與提問：性剝削條例第 31 條會出現雙方同為行為人以及被害人之適用結果。
 - 如果今天雙方都是未成年人而進行性交易，應該先以第 227 條還是先以兒少性剝削條例第 31 條第二項處理之？依照現行兒童及少年性剝削防制條例第 31 條二項「十八歲以上之人與十六歲以上未滿十八歲之人為有對價之性交或猥褻行為者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣十萬元以下罰金。」似僅規範到行為人為 18 歲以上之情形。故未成年人對未成年人的性剝削？或是未成年人合意進行性交易之情況，究竟是要先用性剝削條例再適用刑法第 227 條？還是直接適用刑法第 227 條？
 - 王主任補充：因為性剝削比較難去解釋與認定，實務上還是以未成年人間妨害性自主之案例較常見。

兒童及少年性剝削防制條例 §31

1. 與未滿十六歲之人為有對價之性交或猥褻行為者，依刑法之規定處罰之。

2. 十八歲以上之人與十六歲以上未滿十八歲之人為有對價之性交或猥褻行為者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣十萬元以下罰金。

3. 中華民國人民在中華民國領域外犯前二項之罪者，不問犯罪地之法律有無處罰規定，均依本條例處罰。

3. 謝靜慧廳長

- 實務經驗分享

有些案例是因為少女一直換男友且藉此提告獲取和解金，或是藉由撫摸等猥褻動作換取零用金。

- 對年齡差距條款提出意見—此種立法模式較不適當。

- 刑罰基本上還是要以行為人主體之人格特質來評論其罪責。採年齡差距條款可能導致行為人就不予以思考而逕用外觀判定，而未有個案予以審酌。因此最高法院才會發展出若行為人不知年齡就不予處罰（阻卻罪責），但應該課以行為人有主動查證義務。

- 孟華老師：美國會以被告可以舉反證推翻。

- 純良老師：德國也會依照個案去認定。

- 天一老師：認為還是要對於被害人的年齡界定出來。

- 應思考刑法在無罪推定上是否適合設計舉證責任的轉換？（被告去負舉證責任）

- 純良老師：因此德國才會採取「年齡差」+「脆弱處境」。

- 林醫師：但若條文採取「且」，則不符合年齡差即不能處罰。

- 擬推動修正草案在實務上可能面臨之問題—實務上認定恐有困難。

- 對於刑法第 227 條和第 228 條係成想像競合，是因為無法滿足刑法第 221 條，所以只能讓它落在第 228 條，從第 221 條到第 227 條、第 228 條三個條文來看，當初立法有點寫得模糊，導致操作上認定不易。

- 目前草案在法官跟檢察官的認定上都會非常困難，過去是從行為人的行為去認定是否符合構成要件，但草案的內容變成要去認定情狀，會對於偵查上有困難。

- 脆弱處境是一個有開創性的規定方式，但是檢察官在偵查上該如何認定會有困難（且操作上太過繁複）。

4. 王以凡主任

- 是否在修法理由中說明年齡差距可以由法官決定？
 - 孟華老師：不用年齡差距，是否會有不明確的問題？年齡差距條款是一個相對明確的脆弱處境條款，解決明確性問題。因此詢問實務上較傾向有年齡差立法抑或是交由法官裁量？
 - 謝廳長：有標準可以避免法官獨斷，但是立法也應該要避免單一標準，主要是需要明確規範法官的權利，避免使民眾產生法官如同流氓般有過大的權限。認為修法應該要盡量貼近真實，再次強調如果先給年齡可能會使審判過程少了調查思考空間。
 - 天一老師補充日本法見解：日本則是以兒童福利法以及各地自治團體青少年保護法規範。但日本會對於究竟有無「情感關係」產生疑義（怎樣的行為才能展現出雙方有情感之基礎關係）。日本現行開始認為，不到強制程度，應著重在有依賴性關係而產生的性行為處罰。
- 對於草案中第三項第 4 款（其他貶抑、壓制其性自主權之行為而與其發生性行為者。）較有疑義，是否指涉有利用權勢關係？
 - 志潔老師：可能發生之情形有受到詐欺、誤以為對方是配偶、利用性關係交換原有的權利（受教權、工作權），但此款之情形是一定要有「同意能力」，因此不同意 227 和 228 想像競合。
 - 靜儀醫師：第 227 條第三、四項第四款其實是可能發生，臨床上有發生過例如摧毀對方自信後再換取性行為（EX：先貶抑你是不好的女生，要和我發生性關係我才看得起你）。未成年人在人格發展中更可能有這個情況。

（三） 結論

1. 採行之立法模式：脆弱處境 v. 年齡差條款？或是改為兩案併陳？

- 謝廳長：
 - 傾向採取比較彈性的認定模式，但草案規定的情狀其實對於法官和檢察官在認定上有困難，不如過去單方面從行為人的行為去認定來得操作容易。
 - 用年齡差去設計脆弱處境是比較粗糙的方式。年齡差條款如果從操作來看，檢察官要操作非常容易，因為只要年齡符合就有構成要件該當，這是年齡差條款的問題。
- 林醫師：
 - 贊成兩個條件都存在比較容易處理，民眾比較需要知道什麼樣的年齡條件會受到處罰，才有辦法參考。其他的條件讓法官進行裁量。

- 王主任：
 - 現階段不適合放年齡差，如果當我們的兒童性教育更提升時，放進年齡差會更好。
 - 法條用語應更為明確化：智識是什麼的智識，性知識嗎？還是學識能力。
- 志潔老師：
 - 最終結論仍採擬修正條文之形式。
 - 第三項第一款&第二款合併，並將「利用明顯優於被害人之性智識程度。」在立法理由中說明多一些個案考量之情況（雙方年齡差距、其學經歷、經濟能力、對性之理解程度……）。
- 孟華老師：可以直接參考德國法之立法模式，但應金錢對價關係分開來（同現行草案）。年齡差距條款限縮在「利用脆弱處境」的情形。
- 天一老師：建議採取絕對年齡差，例如 20 歲以上之人對未滿 16 歲或 14-16 歲之男女為性交或猥褻行為處以....不管被害人的年齡，直接切行為人的年齡，因此只要 20 歲以上之人對 14 歲以上或 14-16 歲的少年為性交，再處理要處罰的情況（亦即 20 歲以下之行為主體皆不處罰）。

2. 兩小無猜條款之去留？

- 謝廳長：
 - 單純保護模式可能會導致不符合人性（亦即 18 歲以下都沒有性自主權）。
 - 建議第 227-1 條保留，因為用刑法手段去處理未成年人的性自主問題其實還是不建議，還是要讓教育去處理。或是舉證、量刑上面有瑕疵，還有機會透過第 227-1 條處理。
- 林醫師：
 - 16 歲這個界線可以去做調整，例如 14-18 歲都算是兩小無猜，除非有例外條款情形（脆弱處境），不然皆不處罰。
 - 讓兩小無猜不罰之理由明確化，但是不能在條文寫上「不罰」，否則民眾會跳腳（對外論述，說清楚現在情況是加入哪種處罰條款，並且再以兩小無猜的現實情況描述除罪）。
 - 贊成以現行版本做修改，將第 227-1 條刪除對於民眾看起來比較順眼（解釋：已在前述 227 條為全面處理）。
- 志潔老師：把第 227-1 條保留而不予以刪除。

● 天一老師：進入程序本身對於少年就是不好，所以連進入少年法庭都不可以，而不是說你有罪但不處罰你。本計劃之短期目標在於「兩小無猜」情形之除罪化，程序上可以先行修正，亦即先動 227-1 就好如「十八歲以下之人犯前條之罪者，不罰。但有以下情形不在此限...」。

3. 是否應保留強制通報制度：明確不屬於性騷擾及性侵害之案件是否可以由教育場域處理，也不一定要通報就啟動司法？

● 謝廳長：

- 通報還是要符合性侵害、性霸凌要件才需予以通報，通報即是對於人格自主有限制。
- 兩小無猜狀況都要列冊蒐集資訊的話，那要通知家長嗎？既然都兩小無猜了還需要蒐集嗎？
- 仍應回歸僅有性霸凌、性騷擾、性侵害等情形才會通報（「疑似」案件仍要通報）。
- 要拉出明確的標準，不是等到通報後有干預再去確認疑似。

● 天一老師：需要先與釐清的是 227 入罪的判定者，畢竟案件之認定終究要經調查，第一線教育機關是否具有此判斷能力，或是此判斷能力是否受到信任都仍存疑，第一線教育人員也會有壓力。因此終究需要通報上去。

● 王主任：

- 現行通報規定限於性騷擾、性霸凌以及性侵害，如果是「合意性交」情況應非落入此範疇。
- 性別教育平等法也未規範第 227 條第 3 項要通報。
- 新法上路對於第一線人員必然會有衝擊，但是因為條文有明確規範，隨著時間運行，其第一線人員的判定能力會提升。至於是否要通報，讓第一線人員判斷，該通報就通報。

● 張醫師：

- 讓通報跟開啟司法程序切開，通報只是資訊收集，而不必定開啟司法程序。
- 通報有時限性，因此疑似性侵之案件會導致一線人員需要很快做決定（會談當事人需要時間）。
- 雖然對教育界沒有非常放心，但不是把他們的工作交給社工，而是要強化監督的機制。

● 王執行長：

- 教育某種程度上比社工更為政治化，社工比較有機會透過專業去處理，但是教育界很常就把事情掩蓋掉。
- 可以把通報和開啟司法程序切割。
- 讓教育先自己評估能否處理，不行的話再請求資源。
- 過去通報制度剛開始時，確實有一些亂象，但是後面實務發展後就會釐清出標準。
- 林醫師：
 - 只是讓他們可以進入到學校輔導室的資源。關鍵還是在教育現場的老師的性自主的觀念，要讓第一線的老師在兩小無猜除罪化後，在培訓的過程中可以建立兩小無猜不應通報的觀念。
 - 明確在法條上寫說兩小無猜案件並非犯罪行為，則國家要不要把手伸進去這個「非犯罪案件」，其實就說不過去。而且現在通報的情況會導致教育界只負責通報而不予以後面的輔導，因此建議學校不需通報但反而需要後續之輔導。
 - 現實狀況來說，社工負擔過重或是專業的部分，但是在兩小無猜除罪後是否還要讓國家的手伸進來，邏輯上有問題，教育場域還是可以發揮輔導的專業。
 - 家庭教育法：有縣市家庭教育中心可以處理教育場域無法處理之問題。
 - 教育現場對性自主的概念標準不一，應該要在修法後對第一線教師有新的教育。
- 天一老師：輔導室現行狀況處於 **overloading**，當事人可能覺得沒什麼事，老師怕承擔學生性方面的責任，所以感覺一有問題就會先通報（導致恐性）。
- 志潔老師：
 - 用語改變（列冊、報告）。
 - 探討把通報和司法程序切斷的可能性，通報只是資訊蒐集程序而已，不一定要因此開啟司法程序。
 - 盡量把干預的部分延到最後。

4. 少年事件處理法之相關修正。

- 謝廳長：少年事件處理法第 38 條第四項在裁定中寫出理由之部分，在實務操作上法官仍然會寫出理由，但因為少年案件係以宣示筆錄與一般案件不同，所以不會在裁定中明寫出。

- 王主任：關於少年之程序參與權之部分：少年保護事件審理細則（2020/1/17上路）、少年事件處理法（去年年中修法）已有相應修正，請參閱立法說明。如少事法採宣示筆錄模式，不採判決書模式，因此修正理由可能要有所修正。

附錄八：外部審查意見—臺北大學法律學系教授蔡聖偉

本研究計畫所要處理的是未滿 16 歲之兒少間合意實施性行為的除罪化問題，期中報告資料蒐集充分，分析嚴謹，有高度的參考價值。特別是本計畫在法律學理分析之外，還規劃了法律人與其他相關領域專家的交流對談，應予高度肯定。由於本議題在實務操作上具有特殊性，立法規劃階段不能僅著眼法律學理，必須顧及各種處理模式對於涉案兒少可能產生的影響。本計畫的第一次焦點座談會中，參與的專家除了司法實務界的法律人外，研究團隊也同時邀請了兒童精神科醫師及社福單位專家提供法律外的專業意見，更加提升了本計畫未來研擬規劃建議的妥適性。以下便列出一些形式面與實質面的建議，供研究團隊後續參考。

一、形式部分

1. 如前所述，本計畫的焦點座談極具參考價值，可惜在期中報告中只有章節 5. 的兩頁彙整。如果能將座談會內容（也包括參與者的姓名與單位）詳細整理出來，相信會更加提升本計畫的參考價值。不過這部分只是建議，最終應如何呈現當然還是要由研究團隊自行決定。

2. 本計畫摘要部分似漏列瑞典法。

3. 本計畫有不少錯漏字，像是 21 頁 3.3.2. 部分：「強裸」以及同段下方的「近一步之論理」，或是「交點」座談會等，須再審核校對。

4. 本計畫之 3.1.3. 部分是要分析刑法第 227 條的構成要件，但其中 3.1.3.1. 標題為「行為主體與客體」，和 3.1.3.2. 的「客觀構成要件」及 3.1.3.3. 的「主觀構成要件」並列，但在現今通說的犯罪審查架構中，行為主體與行為客體均屬客觀構成要件，不知研究團隊此處是單純疏漏還是有如何的特殊用意。若為後者，應將考量內容寫在該節之前，以免衍生誤會。

5. 3.1.5.3. (15 頁) 之標題為「行為人即使年滿 18 歲，仍按照刑法第 227 條之一予以減刑」，乍看之下會讓人誤以為像是 3、40 歲的成年人亦有適用的可能，若改成「甫滿」可能較不會引起誤解。

6. 註 130 漏列編碼 (Rn.)。

7. 4.2. 德國法的部分，文中對於相關條文有詳細的解說，若能先將這些條文內容完整列出，或許更有助於讀者對照理解內容（目前的作法是將個別條文的中譯置於各該說明部分）。同樣的建議更適用於 4.4. 的瑞典法，這裡尤其應該在條文的原文外再附上中譯文。

8. 註 72、77 與 78 漏列作者姓氏（或做此裁判的法院）。

9. 4.4.1. 最後一行句尾之「及對兒童性剝削罪」應為「對兒童性虐待罪」的筆誤。

10.3.1.3.2. (第9頁)指出舊法「不能抗拒」是「主觀」構成要件，但不能抗拒要素應該是個道道地地的客觀要素，不確定此處是否為筆誤。

二、實質部分

1. 關於刑法第227條的保護法益，本計畫認為應該是「兒童及青少年的自我身心健全成長之權利」，而非「性自主權」(3.3.1., 21頁)，本人亦贊同此看法。不過期中報告部分論述似乎未能與此基本立場一貫：

(1) 26頁第一段第一行處指出，本罪是要避免「兒童的整體發展」受到過早性經驗所影響，但在4.2.1.1.第一段則又寫道，通說普遍認為是為了保護兒童的性發展不受干擾。在德國文獻中，保護幼童在性方面的發展和保護其整體發展是兩種不同立場，早年文獻多採前者，後來則轉向後者，因為透過其他領域的相關實證研究發現，過早的性經驗也會影響到幼童性自主能力以外其他方面的身心發展。於此附帶一提，本報告數處指出上述看法是「學說多一致認為」或者「通說普遍認為」，這在德國文獻上或可如此描述，但在台灣恐怕還有爭執空間。直到今日國內文獻上還可以看到「準強制性交罪」或「準強制猥褻罪」的稱謂，亦有繼續主張刑法第227條第1、2項是在保護幼童的性自主。因此，相關論述的註釋標示就更顯重要，恐怕不宜僅列出少數文獻，而應較詳細地整理目前既有的文獻。

(2) 3.1.2.「本罪之保護法益」部分指出：「但如涉及未成年(似遺漏人字)間合意性交之情形，顯然已非保護『青少年之性自主』，此項規定是為保護青少年之身心發展，屬社會法益保護之範疇」。這段論述讓人無法理解的是，縱使是保護青少年的身心發展，也還是個人法益，何以會轉變成社會法益？除非像早期立法理由中所指出的國民健康，才有可能被歸入整體法益。

(3) 期中報告多處提到本條涉及到「國家應否承認其得為有效之同意」的問題(如3.3.2.)，或是主張刑法第221條及第227條的適用範圍係以是否為合意性交來區分(如3.1.3.2.)。由這些論述看來，似乎認為在未成年人間違反意願性交的情形，就不再涉及到青少年身心發展的保護，但這應該是兩回事，甚至應該是相反：倘若未成年人間的性行為係屬違反意願，則與合意的情形相較，違反意願的情形對相對人的身心發展恐怕會產生更嚴重的傷害，更應該構成刑法第227條之罪。至於該行為同時侵害了性自主，則是另成立違反意願性交猥褻罪，再透過競合規則來處理。我國實務之所以將刑法第227條的適用限縮在雙方合意的情形，是想要讓本條與第221條及第224條成為排他互斥的關係，以避免出現競合的現象。然而，既然接受本罪保護法益為幼童健全發展的立場，就沒有和保護性自主的強制性交猥褻罪區隔的必要。況且「非合意」在語意上除了「違對方意願」外，也包含了「相對人未表意」，如果刑法第227條這裡限於雙方合意，那麼最後這種情形(幼童沒有表示任何意向)就不會構成任何犯罪(同樣的問題也出現在第21頁的圖示)。

3. 研究團隊亦可考慮搜尋國內外非法律的相關領域（如幼兒教育、犯罪防治或衛教等領域等）是否對於過早性經驗的影響已有可供參考的研究成果，或許可讓保護幼童發展的解釋立場能有更堅強的實證基礎。

4. 研究報告指出：現行司法實務多推定未達 16 歲之未成年人欠缺性自主之能力；僅有在前述「兩小無猜」之情形下，例外肯認未成年人之性自主同意能力（1.1.）。本人對於刑法第 227 條之 1 的理解與此不同，既然計畫團隊也認為刑法第 227 條的保護法益是幼童的整體發展，那麼在理解第 227 條之 1 時，就應該和性自主脫勾。換句話說，本罪並非保護幼童的性自主或性自由，因此在第 227 條這裡，有無同意或是應否承認當事人具有同意能力，都不應該是重點。依照整體發展影響的解釋立場，在兩小無猜的案型仍舊會產生法益影響（過早的性經驗對幼童未來身心發展所可能帶來的負面影響），只不過立法者基於刑事政策面的考量（避免刑事司法程序對於當事人造成過大的負面影響），放棄或減輕刑罰的反應強度而已。附帶一提，兩小無猜條款若是旨在避免刑罰的污名化效果以及刑事司法程序對當事人生活的影響，第 227 條之 1 的法律效果似乎就應該再降至「不罰」，而非僅是（仍屬有罪的）減刑或免刑判決。

5. 本計畫初步結論部分對於刑法第 227 條提出了以下的修改方針：①本條不宜全面除罪、②第 1 項及第 2 項不做任何修改，仍採絕對保護的規範模式，以及③對於第 3 項與第 4 項加上適用限制。這三個方向均值得贊同，以下逐項提出一些補充或建議供研究團隊參考：

（1）本計畫反對全面除罪的結論，應屬正確。依照現行法，固然會在所謂的兩小無猜案型出現情輕法重，甚或國家介入的弊遠大於利的情形。但若刪除刑法第 227 條，也就同樣無法處罰更多具應罰性的類型，像是成年的行為人對 6 歲兒童實施性行為的案件。更有甚者，即便是在雙方當事人均屬未滿 16 歲的情形，也不會都是所謂兩小無猜的類型；像是 15 歲的行為人對 3 歲幼童實施性行為，無疑亦屬國家基於保護義務必須介入的案件。如果僅因兩小無猜類型的存在就主張應刪除刑法第 227 條，是把嬰兒和洗澡水一同倒掉。

（2）本人亦贊同保留現行條文第 1、2 項的建議，而在 14 歲的界限部分，若能有其他醫學、心理或衛教方面的研究支持（參見前揭 3.建議），更能鞏固此處的規範正當性。

（3）對 14 歲以上、未滿 16 歲的當事人間性行為的處理，誠如計畫所言，教育、社政資源，如情感教育、危險性行為之預防宣導應該遠比刑罰更加合宜有效，加上刑罰會對兩小無猜案型當事人帶來污名化的後果，並且會因為司法程序而造成身心上的負面影響，所以將此部分除罪應屬合宜，且符合現今社會中青少年對於性事務的成熟發展狀態。但在另一方面，若當事人間存有知識或地位上的落差，國家自然仍應介入保護劣勢的一方。因此，本人亦贊同本報告的修法建議的大方向，也就是

對於第 3、4 項附加進一步的適用要件(實質上等於「原則除罪，例外始介入處罰」)。但仍有部分細節似乎需要再斟酌：

首先在「基於對價關係」的部分，因為同時會牽涉到兒童及少年性剝削防制條例中的部分罪名(特別像是該條例第 31 條第 2 項)，屆時在設計刑度時，需注意兩部法典間的協調。

其次，草案第 227 條第 3 項第 2 款(利用對方受迫情狀)和第 4 款(貶抑、壓制對方性自主權之行使)所描述的狀況，若依照最高法院 97 年第 5 次刑庭會議決議的看法，恐怕已經構成違反意願性交或猥褻罪；此時在第 221 條與第 224 條之外，是否仍有論以本罪的必要，值得再考慮。詳言之，既然本計畫認為國家原則上不應介入值此年齡區間之青少年間所實施的性行為，那麼當其中一方的性自主受到壓抑時，國家介入的理由應該只在於保護性自主，但這正是刑法第 221 條與第 224 條的任務，如此一來，在第 227 條這裡列出本款的必要性就很值得懷疑。又，第 4 款中的「貶抑」和「壓制」如係選擇要素，那麼其間的連結就不應該是「、」，而必須是「或」。

草案第 227 條第 3 項的構成要件行為為「性交」，但第 4 款則使用了「性行為」一詞，不確定是有意的不一致還是疏漏。倘若本計畫所使用的「性行為」一詞等同於「猥褻」，鑑於其他條文仍保留「猥褻」用語，似宜在用語上保持一致，較不會引起誤解或爭議。類似的問題也出現在草案第 4 項。該項的構成要件行為為「猥褻」，但該項第 3 款則使用了「性交」，這裡應該是個疏漏。其實，這兩項的構成要件行為既然已經出現在各項本文，那麼各款中似乎就不用重複描述所實施的構成要件行為。

6. 最後在第 227 條之 1 的部分，本計畫雖然不打算更動，但若依期中報告關於第 227 條的修改建議，本條的主要適用情形將會是對未滿 14 歲之幼童實施性行為的類型。而像是 17 歲的行為人對 6 歲幼童違犯的情形，當然不再屬於正常性探索的兩小無猜案型，沒有任何減免其刑的正當基礎。由於現行法採取必減免的規範模式，法官於此種情形至少必須做出減刑判決。要解決此問題，還是要靠修法。在立法技術上，或許可以考慮在本條的要件加入雙方當事人間的年齡差距限制(如相差三歲以內始得減免)，或者將法律效果改成得為規定(得減免)。若採後一處理方式，法官仍須做出有罪判決，對於真正的兩小無猜案型當事人恐怕過重(見前述二、4.)，仍會有刑罰污名效果與程序對生活的影響問題。這些都是應該一併思考的問題。目前坊間已經有部分團體對本條提出修法建議，研究團隊或許也可加入對這些草案的評析。

附錄九： 外部審查意見—中正大學法律系教授盧映潔

一、本研究計劃的章節結構與標題用語之修改建議：

1. 建議本研究計劃使用「章、節、項、款、目」作為章節的結構。

2. 本研究計劃期中報告「2.前言」建議修改標題用語為「未成年人之性行為與性自主能力探討」。蓋因已有「1.緒論」，不適合再用「前言」。

3. 本研究計劃期中報告「3.我國文獻回顧-法制規範之綜合分析與修正建議」建議修改標題用語為「刑法第二二七條之我國文獻回顧與司法實務適用」。一個研究計劃對法制的修正建議通常是在探討完中外文獻的回顧以及實證研究的結果之後，才根據前揭的研究探討結果而形成法制的修正建議，而不是在尚未論述完所有的研究探討結果之前就提出修正建議。況且這個部份的內容也沒有論述到修正建議。

4. 「3.1.5.實務上對於與未成年人合意性行為的處置」建議修改標題用語為「我國司法實務對刑法第二二七條的適用」。

5. 「3.1.5.1.按照最高法院 96 年度台上字第 6416 號判決的見解，認為 18 歲係指未滿 18 歲或滿 18 歲當天」，建議修改標題用語為「司法實務就刑法第二二七條年齡要件之見解」。標題用語一般不適合用這麼長的敘述，標題也不宜有標點符號。

6. 「3.1.5.2.對於刑法第 227 條之 1 的適用，與最高法院 96 年度台上字第 6416 號持相同見解，但衡諸案情按照刑法第 59 條或第 57 條予以減刑」建議修改標題用語為「司法實務就刑法第 227 條之 1 的適用」。標題用語一般不適合用這麼長的敘述，標題也不宜有標點符號。

二、本研究計劃的研究方法的說明，建請再調整與補充。本研究計劃提及的研究方法，建議調整為：（一）文獻分析法。有關案例的分析仍是屬於文獻分析法，而非實證研究方法；（二）比較法研究方法；（三）實證研究方法。質性訪談與焦點團體座談是屬於實證研究方法。在質性訪談的研究方法中要補充訪談的問題，在焦點團體座談的研究方法中要補充問題提綱，俾以檢視所採取的實證研究方法與本研究計劃的目標以及欲探討的議題是否契合。

三、本研究計劃部份內容的論述，建請再調整與補充：

1. 第 9 頁至第 10 頁之「3.1.4 爭議討論」以及第 10 頁「3.1.5.1 按照最高法院 96 年度台上字第 6416 號判決的見解，認為 18 歲係指未滿 18 歲或滿 18 歲當天」中的論述內容，與本研究計劃的研究目的之關連性低，建請考慮刪除或改變論述內容。申言之，本研究計劃的目的是在於探討我國法制對於處理未成年人合意性行為之疑慮，對其效果、年齡門檻、刑度及程序負擔等方面的問題，所以本研究計劃的內容應該要以未成年人的合意性行為為主軸重點來出發。然而第 9 頁至第 10 頁之「3.1.4 爭議討論」中的論述內容，是文獻上針對最高法院 99 年第 7 次刑事決議的批判，實

則不論是最高法院 99 年第 7 次刑事決議或是文獻的批判，重點都不是在於探討未成年人的合意性行為之疑慮、效果、年齡門檻、刑度及程序負擔，而是在於討論與七歲以下之人的性行為直接論以（加重）強制性交或強制猥褻是否合於立法目的與法律適用邏輯。至於第 10 頁「3.1.5.1」中提及的案例只是在說明刑法第 227 條之 1 所指的 18 歲是指未滿 18 歲或滿 18 歲當天，試問這樣的一個簡單的實務意見對於本研究計劃之研究目的達成的意義與重要性何在？建議本研究計劃在論述內容上要更緊扣研究計劃目的而加以調整。

2. 第 20 頁至第 21 頁「3.3 現行法制問題之綜合分析」中的部份論述內容，與本研究計劃的主軸關連性低，建請考慮刪除或改變論述內容。第 20 頁至第 21 頁之「3.3 現行法制問題之綜合分析」中有關說明刑法第 221 條、第 222 條、第 227 條在年齡分界上的適用結果以及圖表，該處的論述內容也不是涉及未成年人合意性行為之疑慮、效果、年齡門檻、刑度及程序負擔等問題。建議本研究計劃在論述內容上要更緊扣研究計劃目的而加以調整。

3. 第 17 頁至第 20 頁「3.2. 未成年人合意性行為的處遇措施」下述的所有內容，建議加以調整。申言之，「3.2. 未成年人合意性行為的處遇措施」以下的「3.2.1. 保護管束概述」、「3.2.2. 保護管束之執行」、「3.2.3. 保護管束在實務發展上之困難」的內容，是在泛泛地介紹我國少年事件處理法對於少年犯罪與犯年虞犯之司法流程，以及少年事件處理法中保護管束措施的狀況。如上述，本研究計劃的目標之一是在於探討未成年人合意性行為入罪化討於司法造成的程序負擔，因此，建議本研究計劃此部份的內容應該側重在，究竟有多少未成年人是因為刑法第二二七條罪名而進入少年司法程序？佔所有少年事件的比例是多少？少年司法體系對於未成年人合意性行為的案件付出了多少的資源？是否造成司法程序的負擔？其次，「3.2.4 性犯罪者保護管束之特別措施」下述的所有內容，亦建議加以調整。亦即，這部份的內容僅是泛泛地介紹性侵害犯罪防制法第 20 條規定的措施。建議本研究計劃此部份的內容應該側重在，究竟有多少未成年人因為刑法第二二七條罪名，而施以性侵害犯罪防制法第 20 條的措施？有哪些措施是會適用於觸犯刑法第二二七條罪名的未成年人？這些措施對於觸犯刑法第二二七條罪名的未成年人是否有發揮功能？建議本研究計劃在這些部份的論述內容上要更緊扣研究計劃目的而加以改變與調整。

四、本研究計劃有關德國法的部份論述，建請加以調整與修改：

1. 本研究計劃第 30 頁「4.2.2 對青少年為性行為之規範模式——相對保護模式」下面的論述內容可能有些問題。論述內容中提及「相對而言，德國刑法對於青少年(Jugendliche)之性行為管制則係採取相對保護之規範模式。青少年，係指與 14 歲以上未滿 18 歲者，因此等年齡者時已具備一定程度之性自主意識，從而立法者肯認其有與他人合意從事性行為的能力。故在§182 StGB 之規定中，與青少年發生性接觸者，則係原則無罪，僅有在下列三項例外情形下，始該當客觀不法構成要件。法院如在判斷此種例外情形時，係採個案認定之。1. 行為人利用強制狀態。2. 以提供金錢

為對價之方式換取性行為。3.超過 21 歲之行為人，對於未滿 16 歲之被害少年犯之。」

而德國刑法第 182 條（對青少年的性濫用）規定如下：（第一項）任何人利用強制情境對未滿 18 歲的人，經由下列行為加以性的濫用：1.對他進行性行為或使他對其進行性行為；2.旨在對第三方進行性行為或由第三方進行性行為，最高可判處五年自由刑或罰款。（第二項）18 歲以上的人對 18 歲以下的人，經由對其進行性行為或強迫其對他進行性行為之性的濫用，處以相同刑罰。（第三項）超過 21 歲的人通過以下方式對 16 歲以下的人為性的濫用：1.對他進行性行為或讓他對其進行性行為；2.旨在對第三方進行性行為或由第三方進行性行為，倘若是利用受害者缺乏性自決能力的情形，處以三年以下自由刑或罰款。（第四項）未遂犯處罰之。（第五項）在第三項的情況下，是告訴乃論。除非根據執法機構的特殊公共利益，執法機構認為應建議進行官方干預，始對犯罪進行追訴。（第六項）在第一至第三項的情況下，如果在考慮到行為人的行為後，不法行為是輕微的，則法院可以根據這些規定免除刑罰。

本研究計劃有關德國刑法第 182 條的介紹，與原文條文內容有相當的差距，建議修改。

2. 其次，本研究計劃就德國刑法有關對於未成年人的性犯罪的介紹有缺漏，沒有提及德國刑法第 180 條（對少年的性行為的促進）規定。德國刑法第 180 條規定：（第一項）任何人在第三人面前與未滿 16 歲的人進行性行為，或者由第三人對未滿 16 歲的人進行性行為：1.通過他的仲介或；2.通過給予或提供機會，而以此營利為生，將處以三年以下有期徒刑或罰款。如果是有照顧權限之人所為，則第 1 項第 2 款不適用；如果有照顧權限之人是以此營利為生而嚴重違反了其撫養子女的義務，則不適用該不適用之規定。（第二項）對於確定未滿 18 歲的人，收取費用而使其在第三人面前進行性行為或由第三人對其進行性行為，或通過其仲介鼓勵此類行為，處最高五年的自由刑或罰款。（第三項）具有教育、培訓或生活指導關係或因僱傭關係或僱用之從屬之 18 歲以下的人，濫用基於撫養、訓練、監督、僱傭或與僱傭有關的依賴關係，對其在第三方面進行性行為或由第三方對其進行性行為，處最高五年的自由刑或罰款。（第四項）第二項與第三項之未遂處罰之。

3. 綜合德國刑法分則第 176 條、176 條 a、176 條 b、180 條、182 條有關對於未成年人之性犯罪的規定，本研究計劃中只將德國法類型化為絕對保護與相對保護，以及只區分滿十四歲以及未滿十八至十四歲兩個年齡區段，似與德國法制不合，建議重新修改「4.2 德國法」的部份。