

從性自主權檢視刑法保護兒童及少年之規定與修法建議

黃惠婷*

壹、前言

性，如同飲食，皆屬人的本性，只是滿足性慾的性行為卻容易與倫理、道德、風俗、法律等發生衝突，早期認為性行為脫離社會多數人之認知而觸法，歸屬於妨害風化的行為。直到近代經過婦女團體多年的努力投入，於1999年修正部分刑法條文，我國的性刑法才有大幅度的轉變，而相關的變革都是在保障性自主權的原則下考量。修法致力於男女平等、擴大行為適用範圍以及有利被害人要件等方面，卻是性自主權保護的跨出與邁一大步。其中部分修正內容引起熱烈討論與批評，但此次修法最大的缺憾是沒有兼顧兒童與少年在性犯罪上應有的關懷與保護。在修法十年後，若非幾個月前實務接連對於性侵害兒童的判決與人民對司法的期待有落差，有誰會注意到刑法在這方面的挹注是多麼的貧乏。為了平息民怨，最高法院即時召開99年第7次刑事庭會議決議回應，但被認為僅有「鋸箭療傷」的效果而已，關懷團體進一步號召「白玫瑰運動」，更是訴求「不容許加害人再犯！」，並推動台版梅根法案，加強對性侵犯罪者的監控。而立法委員提出「性侵害犯罪防治法增訂部份條文草案」中¹，不僅採納「梅根法」與「潔西卡法案」立法精神，對兒童性侵害行為不分強制性交或利用權勢性交，一律重罰為二十年以上有期徒刑，甚至出現唯一死刑的條文。姑且不論是否有違憲之虞或符合比例原則、罪刑相當原則等法治國之基本原則，保護兒童或少年免於受到性侵害或干擾的罰則，即分散於刑法、兒童及少年性交易防制條例與性侵害防治法中，此立法技術上實有待商榷。對兒童及少年的性犯罪於事後補救固然重要，卻比不上事前建構綿密的防護網加以圍堵。參考德國的性刑法，其錯綜複雜的現象不僅令外人霧裡看花，立法技術也招致德國學者批評，卻可以感受到德國在兒童及少年免於受到性侵害與干擾上的不遺餘力。本文將針對我國性刑法對於兒童及

* 現任中央警察大學刑事警察學系教授

1 立法院第7屆第5會期第15次會議議案關係文書院總第1642號委員提案第9780號。

少年應有的保護，除了試著闡述性自主的意涵與現行相關規定外，最後僅針對刑法提出修法建議，希冀各界拋磚引玉，提供兒童及少年能免於性侵害與干擾的生活環境。

貳、兒童與少年之定義

聯合國「兒童權利公約」（西元一九九〇年九月二日生效）第1條第1項稱「兒童」係指未滿十八歲之人，依德國刑法第175條第1項規定「兒童」是未滿十四歲之人，少年法院法第2條規定少年係行為時滿十四歲，但未滿十八歲之人。日本法則出現法制上的不一致，刑法規定強暴、脅迫的姦淫或猥褻行為以十三歲為界限，而分別規定。少年法則稱未滿二十歲者為少年，兒童福祉法規定兒童係指未滿十八歲者，其中自小學就學之始期，至滿足十八歲為止者為少年。

反觀我國相關法制，刑法第十六章妨害性自主罪第222條規定，對未滿十四歲之男女犯強制性交罪者加重處罰，第227條與幼年性交猥褻罪有未滿十四歲與十四歲以上未滿十六歲男女的區別，但難以確定立法者是否以十四歲為兒童與少年之分水嶺。依少年事件處理法第2條，明定本法稱少年者是十二歲以上十八歲未滿之人，兒童及少年福利法第2條明定兒童係指未滿十二歲之人，少年係十二歲以上未滿十八歲之人；另依兒童及少年性交易防制條例第25條與第27條規定，可得出未滿十八歲者是兒童或少年，但第22條的引誘、媒介或協助性交易是以未滿十八歲之人為要件，此與刑法第233條的引誘等行為以保護未滿十六歲之人為對象又不同。綜觀我國相關法律，同樣都是為了保護兒童與少年有關性的發展，既然有兒童與少年之分，在法律保護上所採取的措施也會不同，故建議將來修法時宜對相關法律的保護主體統一界定²，彰顯何種年齡於性自主與性發展應有的權利，以及國家何時應強制介入保護與施以何種保護，因為不同年齡的身心發展與性自主權的成熟程度有關，有必要分別施以寬嚴不同的保護。

參、性自主概念下的性強制與性濫用

2 例如依立法院議案關係文書院總第1642號委員提案第9780號，將增訂性侵害犯罪防治法部分條文，草案中的第17條之1增訂對兒童（未滿十二歲之人）的強制性交或權勢性交者，處20年以上有期徒刑，然而刑法第222條以被害人未滿十四歲之人為特別保護對象，顯然地，草案一方面架空刑法，另一方面無法說明為何十三歲至十四歲之人與未滿十二歲之人的保護程度為何會有如此差異，立論基礎不僅應合理且須符合罪刑原則，方有說服力。

一、刑法以法益保護為目的

刑法的任務是確保人民能於自由與和平下共同生活，以落實憲法所保障的基本權利，簡言之，此項任務即是法益的保護，假如刑法不禁止他人犯罪並施以刑罰，卻希冀和平生活，乃是緣木求魚，職是，個人為了能有自由發展的機會與空間，國家必須建立一套有效的機制以保護法益。不僅是個人法益，如生命、身體健康、自由、財產、名譽或隱私等，甚至也應確保一般的利益，如公共安全與司法維護等，若以一般三分法區分刑法保護的法益，可分為國家法益、社會法益與個人法益。刑法第十六章章名原為「妨害風化罪」，即1999年修法前將姦淫或猥褻行為視為違背社會道德並破壞善良風俗，之後修改本章章名為「妨害性自主罪」，並將「妨害風化罪」推移為第十六章之一。立法目的係考量該章所定性交、猥褻行為侵害之法益，乃是個人性自主決定權及身體控制權；倘將之列於妨害風化罪章，不但使被害人身心飽受傷害，且難以超脫傳統名節之桎梏，復使人誤解性犯罪行為之本質及所侵害之法益，故將之與妨害風化罪章分列，自成一章而為規範。從而現行第221條至229條所規範的行為確立為侵犯個人性自主權，不僅女性不再是性侵害的唯一行為客體，而是享有性權利的主體，男性也可以成為性侵害的客體，甚至婚姻關係存續中的配偶間之強制性交行為是可罰行為，「性自主權」與「性秩序」自始分道揚鑣³。

性自主屬於個人自由的一部分，定位與貫徹成人性的道德標準不應是刑法的任務，在性領域中，為刑法所保護者應限於共同生活中的社會規範免於受到干擾與侵害，不道德或倫理可譴責的行為如果沒有危害和平的共同生活，不應施以刑罰，例如同性之間的性行為或人獸交。基於刑法所要保護的法益必須明確且能廣為人知，同時考慮刑法的謙抑性，性的行為是否危害社會與違反風俗，標準在於他人法益是否受到損害。現行刑法將第221條至第229條的行為視為妨害性自主，雖然在刑法體系安排上置於社會法益的前後條文中，然於修法過程中指出，本章行為與

3 進一步可參閱李聖傑，從性自主權思維刑法的性行為，中原財經法學，2003/6第10期，頁2以下。

社會法益並非毫無關聯，但主要是侵害個人法益⁴。以「性自主」為本章章名，不僅保護的法益具體，落實憲法對個人自由的保障，同時肯定與彰顯個人性自主權的存在與保護的必要性。

二、「性自主」概念

刑法第十六章保護的核心是性自主權，立法者對於「性自主」並未定義，導致本章所保護的性自主概念不明確，而有爭議⁵，因此有必要加以具體化，由本章各個犯罪構成要件中得出「性自主」所涵蓋的範圍。性自主如同一般的個人自由，同樣是一個內部社會的法益，不僅抽象，且沒有與社會連結，將流於空洞，故必須透過社會關係與個人彼此之間的利益衝突得出其意義。然而並非所有影響他人性自主權的行為皆施以刑罰，例如不是很嚴重的性騷擾行為，而是行為是否具有容許與可忍受的社會相當性⁶，刑法第十六章妨害性自主章即是規定各種不同對他人意思的影響與干擾，各個構成要件與性自主法益的關連，則依被害人保護的需求與犯罪方式而做層次性的規定。

「性自主」係指個人對於性活動的地點、時間、型態與對象的自由決定，個人於性領域上應當在沒有強制與壓抑下自由發展以及獨立、負責地建立性關係。性自主與婚姻、家庭或傳宗接代，甚至女性貞操完全無關⁷，且不同於一般的語言理解。「自主」的要求結果是任何一種他人決定皆具有非難價值，職是，「性自主」在刑法上應有其特殊意義，一方面代表個人在性領域的自主原則展現；另一方面是自我防衛，避免受到他人決定的干預而成為性行為客體或他人性慾的發洩工具⁸。只是性自主權並非絕對受到保護，唯有面對非法的干預或遭受特定型態施壓或他人的支配時，才有保護的必要。刑法並不保護個人自由之性發展權利，

4 蔡碧玉，刑法部分修正條文重點簡介，月旦法學雜誌第51期，1999/8頁54。

5 如薛文郎，刑法上「性交」與「妨害性自主」兩詞涵意之商榷，刑事法雜誌，93年第48卷第5期，頁115。

6 Sick， Sexuelle Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff， 1993， S.83.

7 有論者認為，不論新法的強制性交罪與舊法的強姦罪都同時侵害婦女的性自由權與貞操權，並舉出民法第195條有明文列出，見薛文郎，同註5，頁115。但貞操權不應是強制性交罪的保護法益，假設貞操也是一種權利，也應歸屬於名譽，而非自由。雖然時下仍有「初夜權的迷思」，但刑法沒有理由去強化或合理化男性偏執的觀念，甚至違背憲法的平等原則，認為男性完全沒有貞操問題。

8 Sick， aaO.， S.86.

因為個人主張性發展權利可能是以犧牲他人法益為代價，此與刑法的意義與目的相悖。刑法在於保護弱者不應與不會成為社會衝突的被害人，至於性行為的積極發展自由，非刑法保護的範圍。是故，性自主的具體內涵是讓每一個人在身體與心理條件上，有能力自己決定是否現在⁹、何處，與何人以及如何發生性關係；易言之，性自主保障的是對性行為「是否」、「方式」、「樣態」、「時間」、「地點」與「對象」可以自由決定，禁止任何人壓迫他人上述之決定自由，刑法保障的是對性行為的「消極自由」¹⁰。

三、性強制

妨害性自主罪章是對性自主權的侵害，立法者依結果侵害程度將行為分為性交與猥褻，另依行為方式對被害人決定自由的影響而有性強制與性濫用之分¹¹。刑法第221條與第224條必須行為施以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交或猥褻，二者屬於性強制，第221條更是對性自主典型與最嚴重的侵害。性強制必須對被害人意思決定自由與行動自由在一定程度上施以影響，任何人不分性別與年齡都可以是性強制的被害人或行為人，而強制性交（猥褻）罪又是強制罪的特別型態，因為其強制與性連結，故行為人必須以強制方法違反被害人意願使其為性交（猥褻）行為。性交的定義明定於第10條第5項，論者批評現行法對「性交」一詞的定義，不但是語言或文字的污染，也令一般人或法律人難以瞭解¹²，或認為「性交」只是「性侵入」的一種方式，並非等同性侵入。此外，有關「性交」用語，2005年立法者為了避免基於醫療或其他正當目的所為之進入性器行為，被解為刑法之「性交」行為，增列「非基於正當目的所為之」文字，以避免適用上之疑義。然此修正似乎無法解決單純惡整的行為也是一種強制性交的疑惑，如將瓶子、蘿蔔或輪胎打氣的風槍塞入被害人性器或肛門的行為¹³。解

9 主張無性，也是一種性自主的表現。

10 Sick, aaO., S.87.

11 國內學者有分為性自主侵害與性自主擬制侵害，前有又有絕對侵害與相對侵害之分，李聖傑，同註3，頁10以下。

12 林山田，性與刑法—以強制性交罪為例台灣本土法學雜誌，第2期，1999/6，頁50；林東茂，評刑法妨害性自主罪章之修正月旦法學誌，51期，1999/8，頁76以下。

決此問題，本文認為「性交」一詞應是行為人為了滿足性慾，以身體部位或器物進入他人身體部位或使他人以身體部位或器物進入自己身體部位的行為，亦即「性」一詞與性慾有關，「交」則是進入身體部位或與身體部位接合。猥褻是以滿足性慾而未以任何方式進入被害人或行為人身體部位的行為¹⁴，然性交與猥褻的共同點是：不管對行為人或被害人而言，行為人都是為了滿足性慾而有身體上的接觸。

自主權只涉及人性尊嚴關於一般人格權之一部分，其以多樣方式與個人的理性、道德與社會同一性連結。自主與個人自由有密切關係，個人自由是個人在廣義行為自由下的自由發展，而性自主則是在性生活領域中對自己地位的自主塑造，因此性自主只是廣義個人自由中一部分，侵害性自主肯定是對個人自由的侵害，但對個人自由侵害卻不一定是對性自主的侵害。由於關係個人自由，最典型的情形是行為人使用強制方法的性侵害，故強制性交（猥褻）罪成為本罪章的基本構成要件，性暴力犯罪不僅對一般意思自由，也是對性自主最嚴重的干預¹⁵。

在性侵害的個案中，行為對被害人的心靈與社會整合往往會造成持久的不良後果，其對被害人所造成的精神障害會持續一個月以上，亦即精神醫學家所稱的「創傷後壓力失調症」，主要有三大症狀：一為受害經過常不經意侵入受害者的日常生活；二為因侵入症狀充滿痛苦，被害人會盡量迴避會激起侵入的機會，進而影響其日常生活作息而對環境的不適應；三為因精神緊張與不安，隨時處於亢奮狀態。另有研究者亦指出，被害人會出現羞恥、自責、無主見、對加害人的病態憎惡、反諷的感謝、自感污穢、性的壓抑絕望、二次傷害以及社會經濟狀況的低下等症狀¹⁶。對兒童的強制性交除了身體傷害外，於社會化的成長過程中造成永久性人格發展和精神變異，受害者出現學習問題或行為偏差，研究指出成年後罹患精神疾病的比例偏高¹⁷。然而不同意見認為上述觀點祇

13 薛文郎，同註5，頁114以下；李聖傑，性行為與性的行為，月旦法學教室，第21期，2004/7，頁93。

14 學者也認為「將猥褻定義為性交以外，一切足以引起或滿足性慾而使人感到厭惡或畏怖的行為，應該是一個不過度擴張或限縮的定義」，許玉秀，妨害性自主之強制乘機與利用權勢—何謂性自主？—兼評台北地院九一年訴字第四六二號判決一，台灣本土法學雜誌，42期，2003/1，頁26。

15 Sick, aaO., S.83.

16 許福生，風險社會與犯罪治理，2010，頁148以下。

不過是一種假設或片面的呈現事實而已¹⁸，或認為「不論成人或兒童的被害反應都有因人而異、輕重不一的情況。很多被害者在事情發生時並不以為意，但是在事件爆發後被家人和媒體急切逼問下反而會出現『創傷後壓力徵候群』。有的兒童則是在年紀稍長時才透過社會化而開始出現心理傷害的跡象。換句話說，性侵害本身並不必然形成特定傷害，社會文化如何看待性侵害更是關鍵¹⁹。」但不可否認的是，人無法離群索居，社會化是每個人必經的成長過程，性強制一位性觀念未臻成熟者，被害人將來勢必得面對自己的過去，可以預見對其未來的正常發展將有負面的影響，這應該也是立法者對未滿十四歲者施以強制性交者，考量加重刑罰的背後原因，且由第222條第1項第2款亦可得出，性強制未滿十四歲者當然可以成立第221條。誠如學者指出，妨害性自主的侵害除非有身體上的傷害，否則其造成心理上的創痛，才是一輩子無法抹去的陰影，雖然未成年人無法完全了解性行為的意義，但只要行為人以他人為發洩性慾的工具或客體，即侵害被害人的人格與尊嚴²⁰。何況強制性交或猥褻罪並未限制被害人之年齡，被害人會表達「要」或「不要」（關於強制要件）以及知道在公眾或陌生人面前要穿衣蔽體（關於「性」要件）者，皆可以成為適格的客體。至於行為時有否表達，則非所問，因為刑法是一部「行為刑法」，而非「被害人刑法」，行為對於保護的客體施以符合客觀構成要件者以及具備相關的主觀要件，強制與性交之間亦肯定存有方法目的關聯性，行為人若為了滿足性慾，不顧被害人意願與否，對被害人施以身體或精神上的影響，目的是克服已經或預期可能會遭受的反抗而為性交或猥褻，即為性強制²¹；至於行為人的行為並未令被害人獲得性的樂趣、認同感或歸屬感，並非是刑法非難的重點。

17 立法院第7屆第5會期第15次會議議案關係文書 院總第1642號 委員提案第9780號。

18 類似見解也出現於德國文獻上，參閱Lenckner/Perron/Eisele, in: Schoenke/Schroeder, Strafgesetzbuch, 2006, §174 Rn.1.

19 中國時報200/8/8時報廣場，矮化主體妖魔化跨年齡的戀童症論述－防止兒童性侵害不應強調兒童不能自主受害嚴重。

20 許玉秀，同註14，頁25。

21 黃惠婷，證明「違反意願」非強制性交罪之必要條件－簡評九九年度台上字第四八九四號判決與九九年刑事庭第七次會議決議，台灣本土法學雜誌，161期，2010/10/01，頁194以下。

四、性濫用

第十六章章名雖為「妨害性自主」，自主與意思自由聯結，但本章有各種不同的構成要件，似乎難以透過「性自主」概念予以涵蓋，甚至有些構成要件與性自主權沒有太大關聯，例如第227條與兒少性交猥褻罪，因為其是對性自主權之瑕疵存在的擬制²²。由此遂產生疑義，性自主是否只是淪為口號，而不具有實質內涵？第十六章之「性自主」概念是否應局限於施以強制者才是侵害？又行為人乘機、利用權勢或與未滿十六歲者之間之同意性行為，是否也侵害他人性自主？今刑法以「性自主」取代「風化」，則有必要對「性自主」積極地賦予內涵。

乘機、利用權勢或與未滿十六歲者之間之同意性行為與強制性交（猥褻）並列於同一章名下，其中，第225條乘機性交猥褻罪的規範目的是保護身心狀態不知對他人性行為加以反抗或不能反抗的情形，限於不能形成反抗意思或因身體障礙，導致無法表達或實現的情形。倘若被害人於事實上還能表達意思者，則是強制性交猥褻罪，例如遭網綁卻能搖頭表示或轉動身體抵制。該罪譴責的重點在於行為人故意利用他人不知或不能抗拒的特殊情形，故是一種性濫用。而利用權勢性交猥褻罪從實質面觀察，除了個人法益受侵害外，同時也侵害功能制度隸屬性的一般信賴²³，只是後者應是保護性自主觀點下的附帶效果而已，重要的是被害人的自由意思受到影響，施以正常的反抗有困難，影響的原因不能源自強暴或脅迫，否則是性強制，而是被害人處於特別權力或依賴關係的情況中，在利益權衡下導致決定受干擾²⁴，因此，第228條毋寧是行為人為了滿足性慾，對與自己有特定關係者為性濫用。刑法第227條與兒少性交猥褻罪係指得被害人同意而對其為性交猥褻行為，所保護的法益是兒童及少年性自主能力發展的可能性，目的是避免未滿十六歲者的性發展遭受未可知的干擾，其保護的對象範圍明確並有絕對的年齡界限。雖然合意的行為是否會帶來有害的結果，或對未滿十六歲者不受干擾的

22 許玉秀，同註14，2003/1，頁18；李聖傑，同註3，頁4。

23 Troendle/Fischer，Strafgesetzbuch und Nebengesetze，2003，§176 Rn.2

24 因為祇是一種干擾而已，論者視為是一種相對侵害，李聖傑，同註3，頁14以下。

發展是否會產生具體危險，尚無法獲得證明，然立法者毫無例外地禁止與未滿十六歲者有性的身體接觸。立法基礎應是建立在發展心理學上，認為決定性伴侶的認同感與性行為的能力都與整體人格發展具有不可分割性，在兒童時期的外來性行為，會以特別的方式干擾其性發展²⁵。而當被害人對於性自主的防衛能力較弱或有保護之必要時，構成要件的犯罪方式要求也會相對降低，故本罪不考慮個人意思是否受影響以及性干預的損害仍屬未知，由於保護客體具有高度意義，性交或猥褻行為可能影響兒童及少年的整體發展，行為人與心智及決定自由尚未或完全成熟者的性行為，是一種對自由的干預，近似侵害，故第227條屬於抽象危險犯，行為的特性是對兒童及少年為性濫用。至於行為對其心理或生理是否產生實害結果或具體危險，則非所問，甚至保護的對象是否有性經驗或主動發起或經其同意，無關構成要件之成立²⁶。

綜上所述，刑法第225條、第227條與第228條都是性濫用，在性濫用的類型中，行為人將被害人視為濫用的客體，也包含行為人的「合法濫用」。行為人得以濫用的前提是必須有使用的權限或機會，因行為人為可譴責的使用，所以是一種濫用，濫用是對事實上或法律上提供的可能性予以對他人法益造成侵害的利用。固然在性濫用罪的情形中，被害人的同意是建立在決定自由，但此決定因受到先天或外在環境的限制，遂將被害人的同意視為無效，故在解釋性濫用的構成要件時，不在於保護被害人之性的決定自由避免受侵害，因為被害人的性領域不存有所謂的侵害與防衛²⁷。至此，性自主概念應採廣義解釋，不侷限於決定自由的侵害，濫用得以滿足性慾的機會或權勢以及干擾兒童與少年的性發展，甚至突襲性騷擾亦屬之²⁸。

肆、刑法保護兒童及少年性自主之修法建議

現行刑法對兒童及少年之性自主保護依被害人之年齡與干預的程度而規定，

25 Lenckner/Perron/Eisele, aaO., §176 Rn.1; Troendle/Fischer, aaO., §176 Rn.2.

26 Troendle/Fischer, aaO., §176 Rn.2.; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT Teilband 1, 1995, §20I Rn.2ff.

27 Troendle/Fischer, aaO., Vor §174 Rn.5ff.

28 依性騷擾防治法第27條意圖性騷擾，乘人不及抗拒或為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私之處之行為者，處二年以下有期徒刑拘役或科或併科新台幣十萬元以下罰金。

個人性發展會因成長而漸趨成熟，相對應的是，隨著成長而仍須透過刑法保護者，也應有較嚴謹的合理依據。在現行刑法特別針對兒童及少年性自主與發展的保護規定中，有顯著直接危害者是第222條第2項第3款，同時也禁止有產生不良影響之虞的行為者，如第227條，只是若要落實刑法對兒童及少年性自主與性發展的保護，現行法仍存有很大的空間待努力改善。最重要的是，對兒童及少年性自主會帶來不利的影響，不是只有現行法所規定的身體接觸而已，也應重視與包括無身體接觸的影響，以下針對此二種行為態樣，提出修法之建議。

一、禁止身體接觸的行為

(一) 加重利用權勢對兒童及少年之性交或猥褻行為

現行刑法第228條處罰的行為是對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、扶助、照護之人，行為是利用權勢或機會為性交或為猥褻，至於被害者的年齡在所不問。只是兒童及少年與成年人相較，更容易讓監督、扶助、照護之人出於性的動機而利用權勢或機會予以性交或猥褻得逞，因為特定的信賴關係或經濟上的弱勢使兒童或少年陷於無助的處境，或容易受到長輩的誘惑或偏差的教導或因情竇初開等因素，進而與監護、扶助或照護者配合，例如單親教養者、繼父或母親的同居男友、教師或教養院員工等，基於保障兒童及少年性發展不受侵擾以及社會功能與信賴關係，有必要對於因親屬、監護、教養、教育、訓練或救濟等關係而對兒童及少年觸犯本罪者，另外規定加重其刑。

(二) 對未滿十四歲之人、心神喪失、精神耗弱或身心障礙之人性交或猥褻的加重情形

刑法第222條列舉加重強制性交的情形，僅適用性強制且對未滿十四歲者的強制性交或猥褻，對於性濫用情形則不適用，後者如與未滿十四歲者為性交猥褻或利用權勢性交猥褻。建議二人以上共同對兒童性交或猥褻，考量不管是性強制或性濫用皆比單獨正犯為之具有較高的不法內涵，因為在身體與人數的懸殊之

下，未滿十四歲之被害者的反抗可能性顯著受限；其次，二人共同對其為之，身心的蹂躪與恐懼對其整體發展將有加乘的負面後果，建議對此行為加重其刑，而非依現行法第222條各款擇一適用。

刑法第222條第1項第3款針對心神喪失、精神耗弱或身心障礙之人性交或猥褻予以加重，此情形是被害人對於行為人的性交或猥褻仍有表示不同意的可能，但第222條之加重情形並不適用於第225條。行為人對於身心障礙之人的性交或猥褻，因其不能或不知反抗雖無關其個人尊嚴，他人也不能將其貶抑為性慾的發洩客體或工具，因此處罰的是行為人濫用取得性交或猥褻的可能性，二人以上濫用比單獨一人濫用應有較高不法內涵，其與未滿十四歲者一樣，皆有必要加以特別保護，亦即二人以上共同對其為之者，加重刑罰。

（三）引誘、容留、媒介或協助未滿十六歲者與他人為性交或猥褻行為

現行刑法第233條規定「意圖使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介之者」，此犯罪類型視為妨害風化，姑且不論「善良風俗」是否可以成為刑法保護的法益，由要件刻意規定針對未滿十六歲者，已經不是純粹保護善良風俗，既然本條不以性交易為要件，保護的法益反而類似刑法第227條，應該是保護未滿十六歲者之整體發展。其特徵是行為人與未滿十六歲者之間非基於個人性慾之滿足，而是滿足第三者之性慾，居間從事未滿十六歲者與他人為性交或猥褻的行為，行為人之行為與結果之間具有因果關係。只不過對兒童及少年性發展之保護法益而言，現行規定屬於預備犯，因為意圖使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為有無實現，無關本罪之既遂，倘若使未滿十六歲之男女與他人發生性交或猥褻，其對於未滿十六者之身心發展仍與單純引誘、容留或媒介行為有差異，二者之不法內涵有高低之分。

比較兒童及少年性交易防制條例第23條，其規定引誘、容留、媒介、協助、或以他法，使未滿十八歲之人為性交易者；意圖營利而犯前項之罪者；以犯前項之罪為常業者；收受、藏匿前三項被害人或使之隱避者或為前項行為之媒介者，以及第24條以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法使未滿十八歲之人為性交易者；意圖營利而犯前項之罪者；以犯前項之罪為常業者；收受、藏匿前三項被害人或使之隱避者；為前項行為之媒介者，皆以性交易為本罪之既遂要件，故建議刑法第233條修改為結果犯，即引誘、容留、媒介或協助未滿十六歲者與他人為性交或猥褻者無關風化，考量因素是未滿十六歲者原則上無法完全理解性的意義與效果，若有人加以引誘、容留、媒介或協助其與第三人為性交或猥褻，其情形與第227條無異。此外，令未滿十六歲之人與他人為性交或猥褻，其引誘、容留或媒介的影響若是針對他人，行為人考慮成立第227條的共犯或間接正犯，後者是他人不知對方是未滿十六歲者的情形。但行為人的引誘等行為若對未滿十六歲者為之，基於共犯從屬原則，將出現刑罰漏洞，因此有必要獨立規定並緊鄰第227條。

(四) 有監護義務者加重刑罰

刑法第232條只對有監護義務之人犯第231條第1項與第231條之1第1項與第2項之罪者，加重其刑至二分之一，但對於受自己監督、扶助、照護之未滿十六歲者，意圖使其與他人為性交或猥褻之行為而引誘、容留或媒介者，卻未加重其刑，如上所述，因引誘等行為導致未滿十六歲之人與他人為性交或猥褻，對其整體發展有不利之影響，更何況，行為人是具有監護義務者，動搖行為人與被害人之間的信賴關係，建議增列有監護義務之人引誘、容留、媒介或協助導致未滿十六歲者之受監護者與他人性交或猥褻，加重其刑。

(五) 引誘、容留、媒介或協助心神喪失、精神耗弱或身心障礙之人與

他人為性交或猥褻行為

刑法第233條僅針對未滿十六歲者的引誘、容留或媒介性交或猥褻行為，行為人若引誘、容留或媒介而使心神喪失、精神耗弱或身心障礙之人與他人為性交猥褻，現行法並未處罰，考量行為人濫用被害人的身心特殊情形，不管是行為人為了滿足個人性慾或第三人之性慾，對此行為若不獨立處罰，基於共犯從屬原則，行為人之引誘等行為因為無正犯而不處罰，對此身心障礙之人的保護不週延。毫無疑義的是，行為人若促成他人與心神喪失、精神耗弱或身心障礙之人性交或猥褻，則是第225條的共犯或間接正犯。

二、禁止無身體接觸的行為

刑法第十六章妨害性自主罪的行為僅針對有身體接觸的性交或猥褻，行為人若與被害人並無身體的直接接觸，是否也是妨害性自主？例如強迫他人觀看自己的性交或（自我）猥褻行為，或逼迫他人為性交或（自我）猥褻行為供自己觀看，若非公然為之，現行刑法並無處罰規定，因此實務認為成立強制罪²⁹。然學者認為，行為人身體與被害人身體若無接觸，也是以自己身體或他人身體進行發洩或滿足自己性慾的行為模式，肯定是一種與身體的親密接觸關係³⁰。性自主保障的是禁止任何人壓制他人有關性的決定自由，行為人為了滿足性慾而對他人施以強制，不管是否有身體接觸，他人若淪為行為工具或客體，皆侵害他人性自主權。因為兒童及少年面對他人的強制較無反抗的能力與機會，尤其處於權勢或依賴關係之情形，考量其身心發展，國家有必要擴大保護範圍，禁止任何對其性觀念會造成偏差的行為。

（一）在兒童及少年面前或使其在行為人面前為性交或猥褻行為

此行為是行為人與兒童或少年之間並無身體接觸，但行為人在其面前為性交或猥褻或使其在自己或他人面前為性交或猥褻，

²⁹ 台灣高等法院台南分院82年2月份法律座談會，許玉秀主編，學林分科六法—刑法，2006，A-454。

³⁰ 許玉秀，同註14，頁24。

後者只要行為與結果之間具有因果關係且基於滿足性慾為已足，至於是直接或間接影響，行為方法是勸誘、使用詐術、強暴或脅迫，在所不問。但限於以身體在現場為性交或猥褻，感官上可以令人直接接收的情形，即所謂的「活春宮」，因此，在現場播放影帶或提供色情照片，則不屬之。

(二) 對兒童或少年提供性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品

兒童及少年性交易防制條例第27條第1項規定拍攝、製造未滿十八歲之人為姦淫或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品、第2項意圖營利犯前項之罪、第3項引誘、媒介或以他法、使未滿十八歲之人被拍攝、製造姦淫或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者；第4項以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使未滿十八歲之人被拍攝、製造姦淫或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，甚至加重刑罰。另外，第28條第1項處罰散布、播送或販賣前條拍攝、製造之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽者、第2項則是意圖散佈、播送販賣而持有前項物品者。另依據釋字第617號解釋，後者是刑法第235條散佈猥褻物品罪之特別條款。由此得知，兒童及少年性交易防制條例嚴禁姦淫或猥褻圖畫等物品中的人是未滿十八歲者，至於令未滿十八歲者可能觀看姦淫或猥褻圖畫等行為，則屬刑法第235條之範疇。

釋字第617號解釋指出，刑法第235條對性言論之表現與性資訊之流通，並未為過度之封鎖與歧視，對人民言論及出版自由之限制尚屬合理，與憲法第23條之比例原則要無不符，並未違背憲法第11條保障人民言論及出版自由之本旨³¹。刑法第235條依本解釋是為了維護社會多數共通之性價值秩序，然事實上對於一位性

自主負責的成人而言，原則上立法者沒有必要禁止個人接觸對性的描述，只不過人民有權利要求私密的領域界限不應被逾越，個人不應為了表現性言論或性資訊之流通，而令他人隨時隨地在不知情願下接觸與性有關的物品或訊息，特別考量兒童與少年對性的感受與行為屬於其整體發展的一部分，二者在此方面的決定與判斷能力原則上欠缺或不足，為了確保二者將來能對性自主負責，立法者應避免二者的身心發展遭受不當的直接影響³²，若非出於教育或醫療等正當理由，而是為了自己性慾或挑起兒童或少年的性慾，對其提供性交或猥褻圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，應特別保護而禁止，因為刑法第235條是避免兒童及少年有機會接觸此類物品，屬於抽象危險犯。假如有人對兒童或少年直接提供此物品，已經是一種具體危險犯，既然禁止抽象危險的行為，若有具體危險時，刑法沒有理由不介入。

伍、結論

當個人自主意識漸受重視，主張性自主權不僅是性的解放，也要求免於受到他人性侵害與干擾，而後者正是刑法的任務。1999年性刑法的修改雖是一項大突破，卻忽略刑法對兒童及少年免於性犯罪被害人的應有功能。現行刑法針對兒童及少年在性犯罪的保護條文零星散見，仍存有很大的改善空間，惟並非得引進具爭議性的「梅根法案」或「潔西卡法案」，因為在法治國家中仍有其他值得追求與遵守的原則及理想。當其他方法尚未用盡時，不宜祭出如同斷人後路的猛藥，畢竟現行刑法對於兒童及少年的性侵害規範，僅限於身體接觸的性行為，對於無身體接觸而有性侵害之虞的行為幾乎付之闕如，甚或視為妨害風化，顯現在此方

31 釋字第617號解釋：「憲法第十一條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會。性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，亦應受上開憲法對言論及出版自由之保障。惟憲法對言論及出版自由之保障並非絕對，應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則，國家於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制…惟為貫徹憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨，除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。刑法第二百三十五條第一項…係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為。」

32 Lenckner/Perron/Eisele, aaO., §184 Rn..3.

面的不足。在社會各界呼籲重視兒童及少年性侵害問題之際，擔負保護基本法益與弱勢族群的刑法，應積極修法禁止對兒童及少年的性侵害與性干擾，賦予性自主權的意涵，兒童及少年與成人的性侵害相較，不僅應嚴懲對前者已造成的實害犯，也應嚴禁有危險之虞的危險犯，在這一波的改革聲浪中，貫徹刑法任務的這項「基本功」不應再遭受漠視。