

未滿14歲兒少被害人性侵害之法律適用¹

黃佳彥

一、前言

去年高雄地方法院99年度訴字第422號判決作成後，經媒體報導，對於未滿14歲男女為性交應如何適用刑罰一事，頓時成為社會矚目焦點。該案檢察官最初是依刑法第222條加重強制性交罪提起公訴，法院則依刑法第227條第1項對未滿14歲之男女性交罪判處有期徒刑3年2月。判決認定之犯罪事實為「被告將甲女抱坐其左大腿上，使甲女面向其右腿，以左手繞過甲女背部至左手之方式加以環抱，以右手由甲女腰部鬆緊帶伸入其褲內，未違反甲女之意願，將右手手指插入甲女之陰道，而性交1次得逞」。或許是因為「未違反甲女之意願」的認定難以獲得社會認同，配合稍早爆發的司法風紀貪瀆案所醞釀的氛圍，民間團體趁勢推動了一連串的活動。接著，為回應社會之批評，最高法院迅速地針對此一問題作成99年

刑庭第7次決議，討論題目為：「甲對於未滿14歲之乙為性交，但並未以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術之方法為之，應如何論罪？」結論則為：「倘乙係7歲以上未滿14歲者，甲與乙合意而為性交，甲應論以刑法第227條第1項之對於未滿14歲之男女為性交罪。如甲對7歲以上未滿14歲之乙非合意而為性交，或乙係未滿7歲者，甲均應論以刑法第222條第1項第2款之加重違反意願性交罪。」決議說理是否充分合理？結論是否妥適？又引發不少回應。凡此種種，均涉及對未滿14歲男女為性交的法律適用問題，正好藉這個機會進一步釐清。

本文以下於「二、」說明決議論述之脈絡，於「三、」介紹批判與不同意見，於「四、」說明本文看法，最後在「五、」提出可能的解釋方向²。

1 本文之完成須感謝黃士軒先生提供之諸多意見，同時亦感謝黃靖珣小姐、孫少輔先生幫忙蒐集資料與多次的討論，惟文責仍歸本人。

2 關於妨害性自主的討論，一般而言環繞著下述數個議題：保護法益的內涵、性交與猥褻概念的界限（此處一般會一併討論關於性交定義的議題。更進一步，在性交、猥褻兩組概念建立後，可能再被容納進討論範疇的是性騷擾定義問題）、以及妨害性自主（主要指性交與猥褻）類型態樣的區別問題。本文論述主軸因設題的關係，將集中於類型態樣區別的討論上，於必要之處始旁及其他議題。關於妨害性自主罪章及其問題的整體鳥瞰，可參照：李聖傑，妨害性自主：第一講 保護法益，月旦法學教室第19期，2004年8月；李聖傑，妨害性自主：第二講 性行為與性的行為，月旦法學教室第21期，2004年10月；李聖傑，妨害性自主：第三講 類型闡述，月旦法學教室第23期，2004年12月。

二、決議論述脈絡³

(一) 刑法第227條第1項之適用限於合意性交

丙說立於刑法第227條第1項規定之「性交」為「合意性交」此前提展開論述；所持理由則為88年4月21日修正刑法妨害性自主罪章時，審查會修正理由提及，第227條第1項是由修正前第221條第2項規定所移至，修正前刑法第221條第2項準強姦罪以對未滿14歲之女子合意性交為構成要件，與刑法第221條第1項規定的強姦罪行為不同。

(二) 以民法行為能力規定作為判斷同意能力之標準

既以刑法第227條第1項合意性交為前提，即須討論合意是否有效，亦即「被害人同意是否有效」的問題⁴。此時該同意是否有效，牽涉被害人是否具備為有效同意的能力，

以丙說的用語即是有無意思能力。然而意思能力內在於個人，如何證明其有無的問題隨之而生，於是丙說進一步採取形式年齡為判斷標準，並且以民法關於「未滿7歲無行為能力，滿7歲以上之未成年人有限制行為能力」的規定為其依據，認為未滿7歲之人「無行為能力，即將之概作無意思能力處理，應認為未滿七歲之男女並無與行為人為性交合意之意思能力」。至於7歲以上未滿14歲之男女，丙說認為若一概否定其同意為性交的能力，將造成刑法第227條第1項規定沒有適用可能性的結果，因此便回歸個案審查有無有效之同意。

(三) 「其他違反其意願之方法」不須客觀化

對未滿7歲之人，或是7歲以上未滿14歲並且表示不同

3 該次決議一共有甲、乙、丙、丁四種說法，此處是以決議結論所採的丙說為討論對象，其他三說則將本文後述內容中，於相關連的部分提及。

4 此處用語轉換可能的問題是，合意的概念能否同於刑法總則裡所討論的被害人同意概念。文義上，合意表達的是行為人與被害人雙方對性交均表示同意，而被害人同意則強調被害人對性交為同意，兩者均包含被害人同意性交一事，因此本文認為如此代換並無問題。相對於此，「被害人同意」和「違反(被害人)意願」兩者的關係，則較為複雜。例如於被害人未清楚表明同意與否的情形下，性交行為是否違反其意願？換言之，「違反意願」能否直接以「有無清楚表達同意」當作判斷標準，仍然有些疑問。如後述，學說上不乏主張，只要沒有獲得性行為對象積極表示的同意，便是違反意願的行為，從而構成強制性交罪。

意者為性交，既已排除刑法第227條第1項之適用，丙說接著回到適用刑法第221條的思考。此時被害人有意思能力並且已表示不同意的情形固無問題，但未滿7歲之人已被作無意思能力處理，如何能該當刑法第221條第1項「違反其意願之方法」此一要件？為解決此一問題，丙說舉出97年第5次刑事庭會議決議有關刑法第221條第1項「其他違反其意願之方法」的解釋、以及聯合國兒童權利公約、公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約等三項公約，強調「應該由保護未滿14歲人的角度解釋『違反被害人意願之方法』之意涵，不必拘泥於行為人有實行具體之違反被害人意願之方法行為」，藉此使對未滿7歲男女為性交之行為亦能該當刑法第221條第1項之要件，同時認為依照甲說「違反被害人意願之方法必須見諸客

觀事實，若無任何違反被害人意願之行為，僅須論以刑法第227條第1項之罪」的見解，會產生「7歲以上未滿14歲之男女表達不同意性交的意思，行為人不得不實行違反其意願之方法行為，而須負刑法第222條第1項第2款之加重違反意願性交罪；反而被害人未滿7歲而無從表達不同意之意思，行為人僅須負刑法第227條第1項之罪」此一法律適用輕重失衡的結果⁵。

(四) 小結

上面三個小標題便是丙說論述的三個關鍵，其中第227條第1項規範得同意之性交，以及「其他違反意願之方法」不須客觀化，是構成要件應如何解釋的問題；以民法行為能力規定為同意能力判斷標準，則牽涉事實證明的層次⁶。

三、批判與不同意見

(一) 刑法第227條第1項之適用不限

5 此一批評，某種程度上是立基於自身論述邏輯而為，從甲說立基的邏輯觀之，不一定成立。更詳細的論述，請參閱鍾慶禹，未成年男女的性與不幸一評最高法院99年第7次刑庭決議，臺灣法學空中法學教室第1期，2010年12月，網路資料：<http://www.taiwanlaw.com.tw/newsDetail.aspx?id=42>，最後瀏覽日期：2011年4月12日。

6 丙說認定未滿7歲概屬無意思能力而無同意能力，並放寬違反意願方法的解釋，導致對未滿7歲之男女性交必然適用刑法第222條第1項第2款之結果，實質上產生了以7歲為構成要件的效果。

於合意性交

就刑法第227條第1項規定，本次決議未被採取的甲說提及：「係因年稚之男女對於性行為欠缺同意能力，故特設處罰明文以資保護」，似乎於解釋上排除合意性交之前提。決議作成後，更引發眾多評論意見，有認為：從條文文義出發，無從認定該條文規定之「性交」須限於「合意性交」，本次決議在刑法第227條加入「合意」要件後，對未滿14歲男女性交罪，依情形轉而直接成立刑法第221條強制性交罪，進而構成刑法第222條加重強制性交罪，是就強制性交「違反其意願」之要件針對不同「被害人」降低檢察官舉證責任，轉由被告證明曾獲

得同意被害人「同意」，違反罪刑法定與無罪推定原則⁷。另有認為：刑法第227條之保護法益並非「性自主」，而是「幼年人的自我身心健全成長權利」⁸，且因被害人無能力表達意願，行為人根本無須使用壓制被害人意願之手段，要件設計上便無關於行為人施用手段的要求，也未提及行為客體的意願或意願違反的情形；並指出，一方面認定幼年人對性交具有同意能力而可以給予有效的同意，同時又將此同意當作犯罪的構成要件，是荒謬的思考⁹。或是：刑法第227條對未滿14歲男女性交罪旨在保護14歲以下幼年男女之身心健康，且認其尚無同意能力，意即為特別保護未滿14歲之男

7 詳參鍾慶禹，註5文，11頁以下。該作者並認為，決議結論的另一矛盾為：「以刑法第227條第1項之性交為合意性交，就同條第3項對14歲以上未滿16歲男女性交罪，是否與第1項規定同樣放寬舉證責任？就結構相同條文，卻為不同解釋、異其法律效果，有體系不一貫之嫌；進一步言之，若第3項規定有「合意」要件的限制，卻沒有「非合意即以強制性交罪」論的結論（按即不放寬舉證責任），將會產生一弔詭現象：當檢察官無法證明行為人違反被害人意願，又無法證明雙方有性行為合意時，即不成立強制性交罪，亦不成立與幼年男女性交罪，行為人無罪；與此相反，若行為人尊重幼年男女意願，確切取得「被害人」之同意，則成立刑法第227條與幼年男女性交罪，法律適用結果失之衡平，對犯行較輕之行為人科以較重刑責，等同鼓勵行為人無須取得幼年男女同意即為性相關行為，與立法保護幼年男女性自主之本意不合。」然而，這裡的質疑是延續其關於「第227條限於合意，降低檢察官在第221條『違反意願』要件所負舉證責任」的批評而來，應可以一併處理。如後所述，本文認為問題是在於第227條同意的判斷標準此一事實證明問題，以及第221條「違反意願」的要件解釋錯誤；與第227條之性交得否解釋為合意性交，並不相關。

8 就此保護法益的內涵，可參照：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即相關條文的修正研議，月旦法學雜誌第152期，2008年1月。

9 盧映潔，「意不意願」很重要嗎？—評高雄地方法院九十九年訴字第四二二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議，月旦法學雜誌第186期，2010年11月，166頁以下、170頁以下。

女，一律視其為無同意能力¹⁰。抑或是：於當事人根本無意願之情形，即不生違反意願之問題。未滿14歲之男女，法律以其無性自主能力為前提，只須對未滿14歲之男女為性交，即依刑法第227條第1項規定擬制為違反意願為性交¹¹。

（二）以民法行為能力規定為同意能力判斷標準不合理

關於決議借用民法行為能力規定為未滿14歲男女有無為有效同意之意思能力的判斷標準一事，所受質疑一致為，民法第13條行為能力之規定所處理者為未成年人所為民法上法律行為效力如何的問題，和刑法是否允許未滿14歲男女擁有性自主權¹²，或是刑法評價上，未滿14歲男女有無處分自身法益的能力¹³等，屬不同問

題，以民法行為能力的規定作為刑法有無同意能力的判斷標準，不具合理性。類似的想法認為：是否以7歲作為適用刑法第221條第1項、227條第1項之區別標準，於立法論上屬立法者可考慮採行的方法，但在現行規定下民法上行為能力與刑法上所關注的識別能力不同，行為能力的規定所考量者為有無衡量交易上利害的能力，與刑法上有無同意性交的健全思慮，並不能相提並論；進而認為決議將與7歲以下之人為性交者，均適用刑法第222條第1項第2款規定，抽象擴張了加重強制性交罪的適用，減低227條第1項適用機會，屬於對行為人不利的擴張，有違反罪刑法定主義的嫌疑¹⁴。

10 甘添貴，台灣刑事法學會對於稚齡幼童遭受性侵害案件法律適用問題的聲明，法官協會雜誌第12卷，2010年12月，144頁。

11 呂太郎，「『刑法妨害性自主罪章關於幼童保護之立法檢討』發言」，法官協會雜誌第12卷，2010年12月，148頁。該作者並進一步認為：「若刑法第227條第1項以合意性交為適用前提，無異承認立法者一方面認為未滿14歲之男女無同意性交之能力，另一方面卻又承認其所為性交同意有排除第222條第1項第2款適用，減輕加害人刑責的效果，可能存有矛盾。」然而此一批評能否成立，似有疑問。因為決議既已設定幼年男女得同意為性交，似已無所謂「否定未滿14歲之男女無同意性交之能力，卻又承認其所為性交同意有排除第222條第1項第2款適用」的矛盾問題。

12 鍾慶禹，註5文，12頁以下。

13 鄭逸哲，與未滿16歲人進行性接觸之刑法適用—評析最高法院99年度台上字第4894號刑事判決和最高法院99年度第7次刑事庭會議決議，法令月刊第61卷第12期，2010年12月，41頁。

14 呂太郎，註11文，149頁。此一批評，與前述鍾文所述「刑法第222條加重強制性交「違反其意願」要件對於不同『被害人』，由最高法院決議作出不同解釋，降低檢察官舉證責任，轉由被告證明曾獲得『同意』，違反罪刑法定與無罪推定原則」之批評，應該是相同的內容。

15 有認為「違反其意願之方法」此一用語不夠周延，會產生究竟是「方法」違反意願，或「性交」一事違反意願的混淆。

(三) 「其他違反其意願之方法¹⁵」
應與強暴脅迫行為有類似性

對刑法第221條第1項規定「違反其意願之方法」應如何解釋，一直以來均有不同看法。決議甲說即認為：刑法第221條第1項規定「其他違反其意願之方法」指該條所列舉方法以外，其他一切違反被害人意願之方法，但該方法仍須以見諸客觀事實者為限。學者有更為限縮適用此一條件的說法：刑法第221條第1項「其他違反其意願之方法」為概括條款，基於法律明確性與平等原則的要求，解釋上應認為概括條款的性質必須與例示規定相同¹⁶。或是認為：刑法第221條第1項「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」等例示行為，旨在闡明被害人的性支配自主在行為人行為時受到強大壓制，而所謂「其他違

反其意願之方法」的概括規定也應該有類似的行為「優越支配」¹⁷。

四、本文見解

上述三項爭論中，以民法行為能力規定為標準，一概認定未滿7歲男女無意思能力一節，不論是同意能力判斷標準的選擇，或是作為事實證明的方式，都缺乏合理依據，本文贊成不同意見的說法。至於刑法第227條與合意性交之關係、刑法第221條「其他違反其意願之方法」的解釋、以及決議是否違反罪刑法定的問題，則需要進一步探究。

(一) 刑法第227條與合意性交之關係¹⁸

前述「三、(一)」不同意刑法第227條為合意性交之意見約略可整理如下：(一) 幼年男女無能力理解性交意義，故規定刑法第227條以資保護；(二) 條文文義無法得出須合意性交的

如呂太郎，註11文，148頁。本文認為此一用語確有瑕疵，但應不至於使人誤解。更實質地說，此處牽涉的是性自主概念涵納容量的問題，亦即，性自主包含的內容除了是否為性行為，以及和哪一個對象為性行為之外，其內涵自然也擴及在哪裡、什麼時候、用如何的方式為性行為等等，可參考：林志潔、金孟華，美國女性主義法學發展與性侵害防制法之改革，月旦法學雜誌第182期，2010年7月，150頁以下；其中「是否做」以及「和誰做」固然是性自主概念的核心（這尤其顯現在有關法益關係錯誤的討論裡），但其他概念也是性自主的一環而構成其外圍。最重要的是，如果除了是否做、以及和誰做之外的其他概念已經成為個案中爭執的重點，此時可以合理地認為這些外圍已經提升到核心的位置，如果以此處的問題舉例，便是將「方法」違反意願，理解為已屬於「性交」一事違反意願，適用上應不至於產生誤解。

16 甘添貴，註10文，143頁。

17 李聖傑，妨害性自主：第三講 類型闡述，月旦法學教室第23期，2004年12月，104頁。

18 刑法第227條第1項與第3項之性交是否均解釋為合意性交，端視有無為不同解釋的理由。如果我們認為行為客體年齡較低（未滿14歲男女）的第1項規定的性交是合意性交，邏輯上就第3項規定亦可以認為是對合意性交行為的規範。故以下討論不區分刑法第227條第1項與第3項。

結論；（三）同樣對未滿14歲男女為性交卻有適用222條、227條之不同效果，違反罪刑法定主義；（四）肯定幼年男女可為同意，卻又以同意為犯罪構成要件，顯然矛盾。然各意見是否合理均須再予檢驗。

依我國刑法規定，與未滿16歲男女為性交即有刑事責任，但若以此推論16歲以前完全無理解性交意義之能力，恐與事實不相符合。人的知識來自於累積，對性行為意義的認識亦然，現實上難以想像16歲以前不理解性交的意義，卻在滿16歲當天自然而然理解一切的狀況。因此幼年男女是可能具備理解性交意義之能力，進而同意為性行為，僅因未達刑法認可之年齡，致其同意效力遭到否定，換言之，是規範上給予如何效果的評價問題¹⁹。

其次，刑法第227條與第221條規定的用語雖同為「性交」，但相同法律用語未必沒有

不同解釋空間。比較法上的例子是日本刑法178條準強制猥褻、準強姦罪規定用以描述被害人狀態的「心神喪失」一詞²⁰，與日本刑法39條討論責任能力時所使用的「心神喪失」一詞，即非完全相同的意義²¹。更重要的是，與同章其他各罪規定的行為不同，刑法第227條所規定的性交並沒有關於行為態樣的描述，透過各條文相互間的關係加以理解其內涵，是一個可能的途徑。對未滿14歲女子為性交的舊規定是第221條第2項，並被賦予相同於第1項的法律效果，解釋上可以推論，因為舊條文兩項規定的行為性質不同，因此須透過「以前項論」的立法方式，就不同情形給予相同的效果；據此而論，對未滿14歲女子為性交的行為，至少應該是從開始進行達成性交目的的前階段工作，例如引誘，到性交完畢的整個犯罪過程中，都未以強暴、脅迫方式為之，換

19 這裡說的理解性交的意義是狹義的「要為性行為」一事，未必涵蓋性行為後可能帶來的個人心理層面、或涉及他人之社會層面的影響。

20 該條原文為「趁人心神喪失或不能抗拒，或使人心神喪失或不能抗拒……」。體例上相當於我國乘機性交與乘機猥褻罪。

21 詳請參照：閔哲夫『刑法解釋の研究』（成文堂、2006年）289頁。對照我國刑法第225條於94年1月7日修正以前，也使用心神喪失、精神耗弱描述男女不能、不知抗拒的情形，考慮修法前責任能力討論中，心神喪失、精神耗弱範疇解釋得極為狹窄的情況，在刑法第225條的適用上，應亦存在予以不同解釋的空間。

言之，刑法第227條規定的性交，於其行為態樣上應該是不同於刑法第221條規定的性交²²。

再者，有關違反罪刑法定主義之批評，不一定切中核心。一行為是否構成強制性交罪，所經過的是強制性交罪要件的涵攝，而非與幼年男女性交罪要件的涵攝；依本次決議結論，7歲以上未滿14歲男女對性交仍有可能同意，已非如批評意見所指直接對未滿14歲男女性交即直接構成強制性交罪，而於7歲以上未滿14歲男女未為同意，或是未滿7歲男女一概視作無同意能力之情形，決議是透過對後者的同意能力標準的操作、與「違反意願方法」要件的放寬，才得出構成強制性交罪的結論；換言之，縱使本次決議的內容可能違反罪刑法定主義，原因應在於以民法行為能力規定為判斷同意有效性之標準，以及就其他違反其意願方法之要件解釋有所不當，未必與刑法第227條「性交」之解釋相關。

認為肯定幼年男女得為同

意，卻又以其同意為犯罪構成要件是自相矛盾的看法，所謂「以同意為犯罪構成要件」指的是什麼並不清楚；如果是如字面文義，認為幼年男女的同意是刑法第227條之構成要件，此一批評似乎有所誤會。一般我們在討論被害人同意的問題時，討論內容是：具備怎樣的要件能認為被害人同意有效，進而阻卻構成要件該當，或是阻卻違法；換言之，環繞被害人同意的討論，是指向行為人是否因此出罪的方向，獲得被害人同意並不是一個被給予負面評價的概念，因此，在刑法第227條下討論幼年男女的同意，也不是以之為構成要件，而是另有其他意義。

未滿16歲男女依其對性行為的理解與認識進而表達出願意為性行為的意思，現實上並非不可能，刑法第227條仍依形式的年齡層設定行為客體，應是出於保護想法，認為即使行為人已經得到幼年男女的同意，在法律評價上仍不能免其責任；然而，即便認為幼年男女所為的同意，法

22 相同看法：李聖傑，註17文，101頁。

律上將被評價為無效，該同意在刑法上仍可能有其意義，並顯現於條文之中²³。在被害人同意的討論中，具備有效同意的各項要件²⁴，仍然會因為涉及法益種類的重要性不同，而在規範上獲得不同評價。同樣是個人法益的自由、名譽、與財產，與身體、生命，被害人同意分別有不同效果。例如對財產法益侵害的同意可阻卻構成要件，對非重傷程度範圍之身體法益侵害的同意，可以阻卻違法。但得被害人同意的加工重傷行為與加工自殺行為，仍然分別構成刑法第275條與刑法第282條的犯罪，僅只能減輕其刑度²⁵。一般而言，否定放棄生命法益的同意效力，可能的考量應出於生命遭侵害後無從回復的不可逆性，而對重傷害範圍的身體法益，則可由身體法益的侵害極可能過度到生命法益的侵害

此一角度來理解²⁶。禁止幼年男女為性行為，可推測的理由是認為幼年男女身體心智尚未成熟，過早接觸性對其未來的發展將帶來負面影響，一定程度內仍可比擬如前述的不可逆性。據此，將被害人同意納入刑法第227條的解釋方式，於現行法下應有其空間。

(二) 決議對「其他違反其意願之方法」恐過度擴張解釋

我國刑法有關妨害性自主的相關規範，於23年10月31日制定後，在88年3月30日做出大幅度的修正，該次修正中與本文相關者為：第221條例示方法增加「恐嚇、催眠術」，舊條文之「藥劑」改列為第222條之加重事由；第221條「至使不能抗拒」要件修正為「其他違反其意願之方法」；舊法第221條第2項準強姦罪，併至第227條；以及

22 相同看法：李聖傑，註17文，101頁。

23 類似看法：鄭逸哲，註13文，36頁。

24 對為同意之人所要求的要件包括：同意者須為受侵害法益的主體、同意者有理解法益侵害意義的能力、所同意的對象為包含結果的該當構成要件的事實。詳細的論述請參照：山口厚『刑法總論』（成文堂、2007年4月）153頁以下。

25 鄭逸哲，註13文，36頁。相較於我國刑法第282條明確規定加工重傷之處罰，日本對於經同意而為的傷害是否可罰，有不同討論，有從同意違反公序良俗而無效，或是認為該傷害屬對生命產生危險的重大傷害時可罰，亦有基於個人主義立場認為不可罰。可參照：山口厚『刑法總論』（成文堂、2007年4月）161頁以下。

26 附帶言之，對生命、身體法益否定得由被害人以同意的方式加以處分一事，明確表現出反對個人自主決定的意向，帶有君父思想的色彩，縱然可能以被害人生存秩序所牽涉到的他人利益一事稍稍緩和，仍然與個人自主決定的想法有所衝突。關於刑法上自我決定的討論更詳細的論述，可參照：須之內克彥「刑法における自己決定-生命・身体の處分の関連で-」『刑法における被害者の同意』（成文堂、2004年3月）62頁以下。

將強制性交、乘機性交、與未滿14歲男女為性交等罪之刑度統一定為3年以上10年以下。其中至使不能抗拒要件之改變，修正理由為「原條文中的『至使不能抗拒』，要件過於嚴格，容易造成受侵害者，因為需要『拼命抵抗』而造成生命或身體方面更大的傷害，故修正為『違反其意願之方法』。」

從「強姦罪」到被重新定義為「性侵害犯罪」，並自「妨害風化罪章」中獨立成為「妨害性自主罪章」，刑法中性侵害法制的變革，有其背後配合的論述，女性主義法學在論述形塑過程中並發揮重要影響。學者指出，於性自主權概念與中性化法律條文的建立中，自由女性主義有重要貢獻，而基進女性主義則致力於建制以

「不同意」為中心的性侵害法制²⁷。我國妨害性自主罪章中也不乏這些理論努力的成果²⁸。

配合以性自主為保護法益的確認，強制性交罪越發著重被害人性交意願的面向。就強制性交罪88年修正的意旨，即有認為該次修正原初考量的是更加顧慮女性身體自主權，只要不願意，性交行為即為違法²⁹；亦有認為要貫徹刑法第221條修正之意旨，應將該條的重點放置於「意願的違反」，只要當事人沒有積極同意，便認為是不同意³⁰，共通點均是將妨害性自主罪的核心放置在「有無為性交的意願」上，而對於行為態樣的區分沒有投注太大的關心。這種關注焦點的偏移現象，若觀察修正後妨害性自主罪章各罪的刑度，以及最高法院97年度第5次刑事庭決議，某程度可以獲得一定佐

27 關於女性主義法學流派及各自於性侵害犯罪中的主張，更詳細的論述，請參照：林志潔、金孟華，註15文。

28 當然，成果也存在程度的問題，在妨害性自主罪章以性自主權為保護法益、以及條文用語須表現為中性的面向上，很大程度可以認為在我國刑法是明確成功的。但關於是否全然以「不同意」為性侵害法制核心一事，如後所述，就我國刑法條文之解釋而言，「違反意願」要件和同意的關係，尚未凝聚共識。

29 見刑法妨害性自主罪章關於幼童保護之立法檢討會議，法官協會雜誌第12卷，2010年12月，114頁，民間司法改革基金會林峰正執行長之發言。

30 註29，117頁，交通大學科法所助理教授林志潔之發言。

證。

參照下表，妨害性自主罪章所規定的犯罪類型，約略可

區分為強制性交、乘機性交、權勢性交、與幼年男女性交、詐術性交等³¹，修正前強制性

修法前後妨害性自主罪章各犯罪類型刑度比較表

犯罪類型	舊法刑度	新法刑度
強制性交（221I）	5年以上	3年以上10年以下
乘機性交（225I）	3年以上10年以下	3年以上10年以下
與未滿14歲男女性交 （221III準強姦罪→227I）	5年以上（以強姦論）	3年以上10年以下
與14歲以上未滿16歲男女性交 （227I→227III）	1年以上7年以下	7年以下
權勢性交（228）	5年以下	6月以上5年以下
詐術性交（229）	3年以上10年以下	3年以上10年以下

交罪之刑度為5年以上，乘機性交罪之刑度為3年以上10年以下，與未滿14歲男女性交罪的刑度與強制性交罪相同³²，修正後三者的刑度同為3年以上10年以下。在強制性交罪及與未滿14歲男女性交罪之間，固然可能認為仍沿襲法律修正前「違犯後者即以前者論」的法律效果，而維持了兩者相同刑度的設計；然而在強制性交罪與乘機性交罪二類型間，修

法前之刑度差異不復存在。一刑法條文規定的刑度應顯現立法者所認此犯罪行為應負擔之不法評價程度，當強制性交罪與乘機性交罪修正後刑度相同時，代表的是立法者就此二者所認定的不法評價程度是相同的。縱然修正後強制性交與乘機性交兩者間仍有行為類型差異，該行為類型差異在不法評價上已經沒有高低之別。換言之，不論是以強制方式為性

31 此處為避免因各條文條號變動而引起閱讀上的不便或誤解，並求行文方便，論述上採各犯罪類型修法後對應的用語，並忽略諸如被害客體、行為態樣的不同，且不引條號。

32 修正前為第221條第2項之準強姦罪，法律效果則為以同條第1項之強姦罪論處。

交、或是乘機為性交，行為類型在不法評價上不具有重要性³³。為何認為不同的行為類型不具有重要性？原因在於對妨害性自主罪的理解，已轉向性交是否違反被害人意願，只要是違反被害人意願所為的性交，就是同等嚴重的侵害他人性自主權的行為³⁴。

再來是有關強制性交罪的行為態樣，修正前刑法第221條第1項規定的行為態樣是「強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法」，以上述方式使被害人不能抗拒時，構成犯罪。人能否抗拒，涉及的是認識與控制的能力，亦即必須先對行為內容的意義有所認識，進而施展其控制能力決定為或不為該

行為，有認識與控制能力卻因為外界的壓制而無法施展，便是自主決定的空間受到擠壓³⁵。從這樣的角度來理解舊刑法第221條所規定的行為態樣，其內容包括以強硬的方法壓制被害人行使認識與控制的能力（強暴、脅迫³⁶），也包括以柔軟的方法使被害人認識與控制能力無從發動³⁷，不論強硬或柔軟，客觀上都必須有壓制被害人認識與控制能力的行為³⁸。

妨害性自主罪章修正後，一方面因為修法之重要理由之一認為，原條文「至使不能抗拒」要件過於嚴格，一方面又保留客觀上壓制被害人認識與控制能力的行為態樣，於是修

33 至少是在此二種犯罪類型裡，這樣的推論是有成立的空間。

34 其實強制性交罪和乘機性交罪論修正為相同刑度是一件有些奇怪的事，首先對相同法益的侵害，因為行為類型的不同而在刑法上有不同評價，並不少見，最明顯者為強盜、搶奪與竊盜罪。其次，若是強調只要違反意願的性交，就具有相同程度的嚴重性，在刑度的選擇上，似乎應該較親近於將乘機性交的刑度拉高到與強制性交罪相同，然而修正後的刑度反而降低強制性交罪的刑度，不知是否是因為放寬行為類型，造成適用範圍增加，所以在刑度上予以縮減。再者，若認為行為類型不重要，理論上應該的設計便是兩條文合併為一條，不再做行為類型的區分，學說不乏主張，未得他方積極同意的性行為即構成強制性交，若因此造成性交以外的其他傷害，則是加重強制性交。詳請參閱：林志潔，「座談會之書面法律意見」，法官協會雜誌第12卷，2010年12月，146頁。

35 此處不使用「侵害」或「權利」等用語，是因為規範面上，並非一旦使他人自主決定的範圍受到減損，便一定構成犯罪。這也是為何刑法第304條必須以「使人行無義務之事，或妨害人行使權力」為判斷強暴、脅迫行為是否屬刑法應介入的自由侵害的標準。

36 這裡所說強硬的方法，並不只限於物理意義的強硬。

37 若是對照日本刑法規定，可以發現修正前刑法第221條第1項所規定的行為態樣，已經比日本刑法177條規定限於「強暴或脅迫」的行為態樣來得寬鬆。關於日本刑法規定的介紹，詳請參照：山口厚『刑法各論』（有斐閣、2010年）105頁以下；伊東研祐「個人法益に對する罪VI」法学セミナ—640号（2008年4月）120頁以下。

38 就修法後所增加的「恐嚇」行為態樣，仍然是一種試圖壓制被害人認識與控制能力，以影響其意思決定的行為，於行為的性質上與其他行為態樣並不衝突。而且本文基本上認為恐嚇的意思與脅迫並無不同，比較法上日本刑法第222條與第223條規定使用的文字都是「告知他人加害於生命、身體、自由、名譽或財產之旨，而脅迫他人。」前者只要有此行為

正後「其他違反其意願之方法」此一要件應如何解釋，便成為問題。最高法院97年度第5次刑事庭決議針對此問題進行了討論，其中甲說認為：

「違反其意願之方法，係指行為人應有與條文列舉之所謂強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓制被害人性自主決定權，始足當之」；但決議結論採取乙說：

「違反其意願之方法，係指除該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外之其他一切違反被害人意願之方法而言，且不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等方法為必要。」³⁹刑法第221條第1項強制性交罪所規範的行為，遂由壓制被害人認識與控制能力向外擴散至任何違反意願的方法。本次決議提問的設定：

「甲對於未滿十四歲之乙為性

交，但並未以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術之方法為之，應如何論罪？」自始便已排除例示行為態樣的討論，便是順著97年第5次刑事決議結論的趨勢，更進一步推衍出「違反被害人意願之方法」應由保護未滿14歲被害人的角度來解釋，不必拘泥於行為人必須有實行具體違反被害人意願之方法行為。

觀察上述刑法第221條第1項解釋的演進歷程，可以發現對於違反被害人意願的注重不斷提高，但強調違反被害人意願，解釋上可能的路徑除了更為放寬違反意願的認定之外，其實也包含另一種可能，亦即正是因為意願的強調，反而於刑法第221條的適用過程中越注意意願是不是真的被違反了，轉向被害人身上尋求意願被違反的證明⁴⁰。換言之，

即構成相當於我國之恐嚇危害安全罪，後者則是以此行為或強暴的方式，使人行無義務之事或妨害人行使權利，即構成相當於我國之強制罪，可供參考。有說法認為恐嚇所指為以未來的惡害通知被害人，於恐嚇的情形，相較同條其他例示的行為態樣，被害人就其行為還存有一定選擇空間，解釋上與其他行為態樣就有程度上的差別。不過，如後所述，如果採取「其他違反意願之方法」可與例示之行為態樣脫勾處理的話，性質不同即不成為問題（因為同條各行為態樣彼此不必具有相似性）。此時，問題會轉為恐嚇與權勢性交兩者的適用關係，相關討論可參考：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度訴字第四六二號判決一，台灣本土法學第42期，2003年1月，30頁以下。

39 其題目雖然是針對強制猥褻罪而設，但由於強制性交罪和強制猥褻罪的行為態樣規範體例相同，其結論對於強制性交罪的解釋適用必然產生影響。

強調被害人的意願本身可能推導出兩種截然不同解釋方向，且兩者不斷互相影響，因為著重違反意願的判斷，乃增加未違反意願認定之困難度，又因這樣的說法與修法原意無法契合，於是在要件的解釋上便出現應更為放寬違反意願認定的主張，本文認為這個過程，很大程度說明了「其他違反其意願之方法」此一要件在解釋上的變化。

（三）決議違反罪刑法定主義？

本次決議引發的另一個問題是，決議結論是否違反罪刑法定主義？依照日本學者的說明，罪刑法定主義之內涵包含形式上的要求：罪與刑，均必須事前即由法律明確規定；以及數個下位的實質原理⁴¹。本次決議與罪刑法定主義最為有關之處，應在於與法律主義之關係；亦即法院只能依事前公布施行的刑罰規定做成處罰的判斷，並且只能處罰刑罰規定

中透過解釋能被認為處罰對象的行為⁴²。換言之，牽涉的是類推解釋禁止的問題⁴³。

和典型的類推解釋不同，不論是刑法第221條、或是刑法第227條的討論，決議結論都沒有超過法律文義的範圍。刑法第227條規定的構成要件是「特定年齡的男女」與「性交」，將性交限於合意的性交，從概念範圍上來說，並不是跨過文字意義可涵蓋的範圍，反而是限縮文字意義。第221條規定的構成要件是「男女」、「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反意願之方法」、「與性交」，決議結論就「幼年男女」、「違反意願方法」等概念均是在條文規定的各要件文義範圍內加以討論，其中違反意願方法雖然可能之認定已經太過寬鬆，但仍然沒有逸脫文義概念的可能範圍，因為條文規定與修法過程已提供違反意願方法與例示行

40 相同說法，可參照：木村光江「性的自由に對する罪と被害者の同意」現代刑事法5卷11号（2003年）98頁以下。

41 詳細內容，請參照：山口厚『刑法總論』（成文堂、2007年4月）9-25頁。

42 法律主義是罪刑法定主義的下位概念，意指：什麼行為是犯罪，對其能科與如何刑罰，須透過國會以法律規定。山口厚『刑法總論』（成文堂、2007年4月）10頁以下、13頁以下。

43 關於類推解釋禁止更詳細的論述，可參照：閔哲夫『刑法解釋の研究』（成文堂、2006年3月）266頁以下。

為態樣脫勾解釋的可能性⁴⁴。

然而由系統論的觀點來看，刑法同時具有封閉與開放的特性，所謂封閉是指刑法是透過自己的規範綱要就進入程序的事件做出結論，而開放則是指刑法會對應於外界的刺激微調自身規範綱要的內容⁴⁵。以本次決議之事例而言，罪刑法定主義以及刑法解釋的諸多原則是刑法系統自身的規範綱要，而決議最後的結論可視作對應外界刺激調整規範綱要的結果。對自身規範綱要加以調整，是維持法效力的必要環節，但全面配合外界刺激，卻會過度破壞自身規範綱要，連帶失去規範的可預測性，這在操作刑法解釋處理社會問題時尤其容易發生，解釋的關鍵應在於如何細膩地維持開放與封閉間的平衡。刑法第221條之要件於決議前雖已擴散至任

何違反意願之方法，但至少仍要求須見諸客觀事實，決議設題本來不應該牽涉刑法第221條的討論；決議應是為符合輿情，才以未滿7歲男女無意思能力，結合「行為人不必有實行具體之違反被害人意願之方法行為」的解釋，達到「違反幼年男女意願」的結論，實質上對特定年齡之被害人，客觀上不要求足以表徵侵害性自主的行為態樣，只要有性交的行為，就是強制性交，完全排除其他妨害性自主犯罪類型的適用機會⁴⁶。決議為避免刑法第227條成為無效的條文，才區分被害人未滿7歲與7歲以上未滿14歲兩種類型，但一定範圍內第225條、第227條無效化的問題仍然存在，如此解釋已過度配合外界刺激而不當犧牲自身規範綱要一致性，不得不認為是將刑法的解釋過度工具化

44 學說有認為，罪刑法定主義的內涵必須實質透過國民預測可能性加以理解，換言之，刑法規定的解釋範圍是依循國民預測可能性而決定，但依此說法，當爭議發生時，所謂的國民預測可能性並不會是犯罪人的預測可能性，而是社會大眾所認同的預測可能性，本次爭議的原因就是在於社會大眾覺得判決應該要得出「違反女童意願」的結論。若從這樣的角度來看，決議更不會有違反罪刑法定主義的問題，但須注意此一說法已將罪刑法定的概念更為相對化，是否適當，仍須探討。關於國民預測可能性的說法，可參考：前田雅英『刑法總論講義』（第三版、1998年）84頁以下。

45 關於系統論的說明，可參考：李茂生，死刑存廢論再考，分析反對廢除死刑者的深層心理，第6頁，網路資源：<http://lms.posterous.com/tag/%E6%AD%BB%E5%88%91>，最後瀏覽日期：2011年4月12日。

46 這樣的解釋方法所違反者，是否為罪刑法定主義？又是違反罪刑法定主義的如何內涵？限於篇幅，本文暫時無法有所主張，有待日後進一步研究予以補充。

地運用。

五、可能的解釋方向

(一) 刑法第227條以合意性交為前提，條文定位為補罰規定

若觀察反對刑法第227條以合意性交為前提的想法，似乎是將刑法第227條當作獨立於刑法第221條、刑法第225條、刑法第228條等規定之外的特別規定，當性侵害之被害人為幼年男女時，不論實際情形為何，一律適用刑法第227條，排除其他條文的適用可能。然而事實上幼年男女理解性的意義有其可能，當其表達反對意願，行為人仍以強制方式進行性交的情形，並非全無可能。換言之，對幼年男女為性交之行為，可能是強制為之，可能是趁其不知、不能抗拒情形而為，也可能是以特殊權力關係所為，亦可能是獲其同意而為，若認為幼年男女一概無同意之能力，只要對幼年男女性交，便適用刑法第227條之適用，是否妥適，似乎也有些疑問。若認為刑法第227條以合意性交為前提，並將其

意義理解為於幼年男女同意時，因特殊考量仍然處罰行為人，換言之，屬補罰性質的規定，不以其存在排除刑法第221條、第225條等規定的適用，是一種可能的解釋。

(二) 刑法第221條應著重行為類型的判斷

至於刑法第221條，本文基本上認為目前最高法院認定的「其他違反其意願」之方法可能太過於寬鬆，這是不斷聚焦於意願後，強求意願有無被違反的判斷，以及要求放寬判斷方式，兩種力道互相影響的結果。如果針對後者的想法加以思考，其常提出的批評是用法者仍然深受父權體制所影響，以致於法條修正後的效果不彰，因此認為要將意願的判斷方式更為放寬，將「沒有獲得積極的同意」一事與「違反意願」劃上等號，至於其行為方式如何則不論⁴⁷。就此類主張，本文有不同的想法⁴⁸。

本文並不認為對性自主權的保護，可以透過擴張違反意願要件之解釋來達成。有無

意願終究是一種存於內心的狀態，權力不對等關係雖可能使弱者屈從而未積極反抗，但當我們將這種內心狀態推展到極致時，幾乎形同假設所有性交行為都是違反意願的行為，都是具有侵害性的行為⁴⁹。如果以沒有獲得積極同意為唯一的構成要件，或是在第221條的解釋中只討論有無獲得積極同意，是將證明責任轉由被告負擔，此種舉證責任之倒置缺乏依據，證明的難題也不會消失。與違反被害人意願有關的規範，妨害性自主罪並非特例，直接可以聯想到的還有強制罪與強盜罪。然而在強制罪，當行為人以強暴、脅

迫使被害人為無義務之事，或放棄正當權利的行使，抑或於強盜罪，行為人已以強暴、脅迫的方法取得財物時，我們大多不會否定犯罪的成立，不會一再斟酌「到底違反了被害人意願沒有？」⁵⁰然而在討論強制性交罪時，不論修正前的「至使不能抗拒」、或是修正後的「違反意願」，卻始終有環繞著被害人有無「盡力」抵抗的爭執⁵¹，這或許正顯示出「性」在我們社會中仍有著極端特殊的地位與想像，這一部份或許是更深層的社會、教育問題，而不應由刑法負責帶領社會風氣的變遷。

於現行架構下，刑法對

47 李佳玟，違反罪刑法定的正義，台灣法學第160期，2010年9月，2頁；林志潔，註34文，146頁；陳昭如，「不能抗拒」的幽靈，蘋果日報，2010年9月15日。

48 強制性交罪是以一定的行為，與意願之違反為兩軸所建構的犯罪類型，關於判斷重點的爭論往往就是圍繞著此二軸的著重比重所展開，就兩軸各種學說的詳細介紹，可參考：盧言珮，論妨害性自主罪章中之「他人意願」——以強制性交罪為主，東吳大學法律學系碩士論文，2010年1月，80頁以下。

49 於此假設下，我們在想像中所勾勒的被害人形象有著極端弱小的身軀，瑟縮於體制之下，全無任何反抗可能性，然而究竟是因為他們確實如此弱勢，所以我們要給予極端保護，還是我們認為他們必須如此弱勢？這點在幼年男女或許更明顯，不知性為何物的幼年男女，究竟是因為（一個他所不了解的）性侵害行為，而深受傷害，還是因為事情發生後成人們不斷地讓他知道他受到極深的傷害？進而由行為人為這些人為添加的傷害所負責？某種程度而言，部分女性主義學說的說法也加深了這種印象，要求積極同意也「無視於某些自願者的『此時無聲勝有聲』和被動默許的樂趣與文化常規，更忽略了『半推半就、欲拒還迎』也可能是某些人施展權力、爭取權力平等的方式。」可參考：甯應斌，智障者的性權利，蘋果日報，2010年09月23日。

50 例如最高法院29年上字第3438號判例：「被告充當聯保主任，藉故將甲乙二人一併拘禁，迫令某甲繳款一百餘元，某乙出立認繳子彈若干之期條，始行釋放。是某甲之繳款，與某乙之出立期條，均係由於橫被私禁無法抵抗之結果，蓋此時如不認繳，即不得釋放，其私禁迫繳款項與子彈，自係公務員假借職務上之機會，意圖為不法所有，對於人之身體直接加以強暴，至使不能抗拒而使其交付財物，與刑法第三百二十八條第一項規定強盜罪之構成要件，完全契合，自不能將私禁與迫繳財物分為兩事，論以同法第三百零二條第一項及第三百零四條第一項之牽連罪刑。」

51 日本方面的類似情形，可參考：木村光江「性的自由に對する罪と被害者の同意」現代刑事法5卷11号（2003年）96頁以下。

不同保護法益或是對相同保護法益所設計的不同行為類型與刑度，蘊含不同程度的評價。妨害性自主罪章原則上已架構起三種保護類型，即刑法第221條、第225條、以及第228條。第221條表現的是以強硬或柔軟方法壓制他人認識、控制能力而為性交行為，第225條表現的是利用他人不具備認識、控制能力的時機而為性行為，兩者間因前者方法的放寬與刑度調降，使得區別變得不明顯；第228條則表現為利用從屬依賴的特殊關係而為性交，因為壓制被害人的自由程度更低，因此刑度再降低，適用上三者均沒有被害人年齡的限制，不同行為態樣的設計同時也表現不同程度地對被害人自主的侵害，其侵害程度由高至低為第221條、第225條、第228條。對照刑法有關強盜、搶奪、竊盜罪的規定⁵²，或是強制、恐嚇危害安全的規定，

以不同行為類型針對不同程度違反意願行為加以規範的態勢將更清楚。

如果排除掉對性的特別想像，不再刻意凸顯性意願的判斷，回歸行為類型表彰違反意願程度的原則，在妨害性自主罪章中，只要能證明客觀上有壓制他人認識、控制能力的行為，且與性交之結果產生連結時，應已可以認定強制性交罪成立⁵³，至於是否違反意願有所爭執時，則回到被害人同意判斷的處理⁵⁴。就此而言，其他違反其意願之方法應同樣是就認識、控制能力有所壓制的方法，而非漫無限制。若非壓制認識、控制能力的行為，而是利用他人不具備認識、控制能力的時機而為性交，則依刑法第225條處理。如此，刑法第221條與第225條方能有意義地加以區別⁵⁵。

(三) 具體適用

總結而論，對幼年男女

52 有認為竊盜是秘密而和平地改變財物支配，搶奪是以未必故意的暴力改變財物支配，強盜則是以暴力強制改變財物支配，大約可比擬於利用機會、乘機及強制性交或猥褻。詳請參照：許玉秀，註38文，33頁以下。

53 類似看法：黃惠婷，證明「違反意願」非強制性交罪之必要條件—簡評九九年度台上自第四八九四號判決與九九年刑事庭第七次會議決議一，台灣法學第161期，2010年10月1日。

54 就此而言，毋寧認為性侵害案件較之於其他犯罪類型，被告更頻繁地提出獲得被害人同意之抗辯，此一情況並不因構成要件裡有無違反意願的文字而有不同，也不因構成要件裡有無違反意願的文字而使問題獲得解決。

性交，於刑法判斷上，並不需
要一開始就獨立於成年人性交
的情形之外，亦不需要自始否
定其有理解性行為意義而為同
意的可能性。如果未滿14歲男
女能理解性行為意義，行為人
客觀上有為壓制其認識、控制
能力的行為，並達成性交的
結果，應適用刑法第221條，
若未滿14歲男女就性行為有所
同意，則依刑法第227條規定
處罰。至於未滿14歲男女不理
解性行為意義的情況，應屬因
「精神、身體障礙、心智缺陷
或其他相類之情形」，而不具
備性行為的認識與控制能力，
應適用刑法第225條。就此而
言，決議丁說認為應成立刑法
第225條的立論與說理，毋寧
更具有說服力^{56 57}。

附錄資料

丙說⁵⁸：

一、刑法第十六章妨害性自主罪章於

民國八十八年四月二十一日修正
公布，其立法目的，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。揆諸其中第二百二十七條
立法理由一之說明：「現行法
（指該次修正前之刑法，下同）
第二百二十一條第二項『準強
姦罪』，改列本條第一項；第
二百二十四條第二項『準強制猥
褻罪』改列本條第二項」，以及
該次修正之立法過程中，於審查
會通過修正第二百二十一條之理
由說明：「現行法第二百二十一
條第二項準強姦罪係針對未滿
十四歲女子『合意』為性交之處
罰，與『強姦行為』本質不同，

55 進一步應予考慮的是兩罪刑度如何調整。

56 如果由刑法第227條作為補罰規定的觀點來看，刑法第227條並不是妨害性自主罪章中的特別規定，從而並不排斥依兒童及少年福利法第70條第1項加重的可能。不可否認，如此解釋仍是出於回應輿情的考量，可能面臨的質疑是，有無必然加重其刑的必要？若考慮實務見解認「加重其刑至二分之一」之規定，並非必然加重刑度二分之一，在二分之一之上限內，法院就加重之程度仍有裁量權限，應可認尚不至過度破壞自身之封閉性。

57 本文完成後，行政院已提出刑法妨害性自主罪章的修正案，根據行政院提供之新聞稿，重要變革為刪除「其他違反其意願之方法」，但目前尚不能得知修正案之詳細內容，後續發展仍待觀察。

58 為方便讀者參照，依本文之理解及需求，就部分內容以不同字體表現。

故將此部分與猥褻幼兒罪一併改列在第三百零八條之八（即修正後之第二百二十七條第一項及第二項）」等情，足見刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪，係以「行為人與未滿十四歲之男女『合意』為性交」為構成要件，倘與未滿十四歲之男女非合意而為性交者，自不得論以該項之罪。

二、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，既須行為人與未滿十四歲之男女有性交之「合意」，則必須該未滿十四歲之男女有意思能力，且經其同意與行為人為性交者，始足當之。至意思能力之有無，本應就個案審查以判定其行為是否有效，始符實際。未滿七歲之幼童，雖不得謂為全無意思能力，然確有意思能力與否，實際上頗不易證明，故民法第十三條第一項規定「未滿七歲之未成年人，無行為能力」，以防無益之爭論；此觀諸該條之立法理由自明。未滿七歲之男女，依民法第十三條第一項之規定，既無行為

能力，即將之概作無意思能力處理，則應認未滿七歲之男女並無與行為人為性交合意之意思能力。至於七歲以上未滿十四歲之男女，應係民法第十三條第二項所定之限制行為能力人，並非無行為能力之人；自應認其有表達合意為性交與否之意思能力。本院六十三年台上字第三八二七號判例意旨雖謂：「（修正前）刑法第二百二十七條之規定，係因年稚之男女對於性行為欠缺同意能力，故特設處罰明文以資保護」；然若認未滿十四歲之男女概無為性交合意之意思能力，勢將使刑法第二百二十七條第一項形同具文，故不宜援引該判例意旨以否定七歲以上未滿十四歲之男女具有為性交與否之意思能力。故而，倘行為人對於未滿七歲之男女為性交，因該未滿七歲之男女並無意思能力，自無從論以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；至若行為人係與七歲以上未滿十四歲之男女合意而為性交，則應論以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。

三、刑法第二百二十一條所稱之「其他違反其（被害人）意願之方法」，參諸本院九十七年度第五次刑事庭會議決議一之意旨，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言。於被害人未滿十四歲之情形，參照聯合國「兒童權利公約」（西元一九九〇年九月二日生效）第十九條第一項所定：「簽約國應採取一切立法、行政、社會與教育措施，防止兒童（該公約所稱『兒童』係指未滿十八歲之人）…遭受身心脅迫、傷害或虐待、遺棄或疏忽之對待以及包括性強暴之不當待遇或剝削」之意旨，以及「公民與政治權利國際公約」第二十四條第一項：「每一兒童應有權享受家庭、社會和國家為其未成年地位給予的必要保護措施…」、「經濟社會文化權利國際公約」第十條第三項：「應為一切兒童和少年採取特殊的保護和協助措施…」等規定（按：公民與政治權利國際公約及經濟社

未滿14歲兒少被害人性侵害之法律適用

會文化權利國際公約施行法第二條明定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律效力」），自應由保護該未滿十四歲之被害人角度解釋「違反被害人意願之方法」之意涵，不必拘泥於行為人必須有實行具體之違反被害人意願之方法行為。否則，於被害人未滿七歲之情形，該未滿七歲之被害人（例如：未滿一歲之嬰兒）既不可能有與行為人為性交之合意，行為人往往亦不必實行任何具體之「違反被害人意願之方法行為」，即得對該被害人為性交。類此，是否無從成立妨害性自主之罪？縱或如甲說之意見，亦祇論以刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪。但如此一來，倘被害人係七歲以上未滿十四歲之男女，尚得因其已表達「不同意」與行為人為性交之意，行為人不得不實行違反其意願之方法行為，而須負刑法第二百二十二條第一項第二款之加重違反意願性交罪責；而被害人未滿七歲者，因其無從表達「不同意」之意思，竟令行為人僅須

負刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪責，法律之適用顯然失衡。

四、綜上，倘乙係七歲以上未滿十四歲者，而甲與乙係合意而為性交，固應論以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；惟若甲與七歲以上未滿十四歲之乙非合意而為性交，或乙係未滿七歲者，則基於對未滿十四歲男女之保護，應認甲對於乙為性交，所為已妨害乙「性自主決定」之意思自由，均屬「以違反乙意願之方法」而為，應論以刑法第二百二十二條第一項第二款之加重違反意願性交罪。

