

少年間合意性行為之除罪化— 以美國法定強暴罪為借鏡

許嘉菱*

目 次

- 壹、前言
- 貳、處理少年間合意性行為的法律網絡
- 參、介入少年間合意性行為的實務困境
- 肆、借鏡美國法定強暴罪之刑事政策
- 伍、刑法第 227 條應修正的理由與建議
- 陸、結語

摘 要

關於少年間的合意性行為（實務上稱兩小無猜案件）是否應予除罪化，社會各界已討論許久，但相關修法改革卻遲遲沒有進展，足見此議題的爭議性與複雜度。本文介紹了現行法律交織而成的保護網絡，並檢討學校、社政、少年司法各系統所面臨的實務困境。為了探討解決之道，本文借鏡美國法定強暴罪的運作經驗與研究，反思台灣法律在處理少年性議題時的問題，並建議參考美國的年齡差距條款，將一定年齡差距內的少年間合意性行為除罪化，成人不該將少年的性與情慾標籤為偏差行為，而是該正視少年在青春期的性發展，提供正確的資訊與教育輔導資源，協助少年健全成長。

關鍵字：兩小無猜、性自主、身心健全成長、刑法第 227 條、法定強暴罪

* 許嘉菱，臺灣高雄少年及家事法院少年調查官，國立政治大學法律學系碩士，Email:carol2533221@gmail.com。感謝國立政治大學法律學系謝如媛教授的悉心指導，使本論得以榮獲司法官學院第五屆「傑出碩士犯罪防治研究論文獎」特優獎。

Decriminalization of Consensual Sexual Behavior between Adolescents – Learning from Statutory Rape Laws in The United States

SYU,JIA-LING*

Abstract

The decriminalization of consensual sexual behavior between adolescents has been under discussion and debate for a long time, but the controversy still existed. This study introduced the protection network established by the existing legislation, and also showed the practical dilemmas faced by the education system, social administration, and juvenile justice. In order to find a sound solution, this study reflects Taiwan's legal issues on adolescent sexual behavior from learning cases of the operational experience of statutory rape law in the United States.

This study suggests that Taiwan can refer to the age-gap provisions of the statutory rape law in the United States, decriminalizes the consensual sexual behavior between adolescents within a certain age gap. Besides, adolescent sexuality should not be labeled as a delinquent behavior. Adults need to hold positive attitudes towards the sexual development of adolescence, provide sound information and sex education for adolescents' robust mental and physical development.

Key Words: Romeo and Juliet Law, Sexual Autonomy, Physical and Mental Development, Article 227 of the Criminal Code, Statutory Rape.

* SYU,JIA-LING, Juvenile Investigation Officer of Taiwan Kaohsiung Juvenile and Family Court ,
Email:carol2533221@gmail.com

壹、前言

依據我國刑法第 227 條規定，與未滿 16 歲之人性交猥褻者均須負擔刑事責任，雖然未滿 18 歲之人觸犯本罪，依刑法第 227 條之 1 得減輕或免除其刑，但年齡相仿的少年間合意性行為，由於行為人未滿 18 歲，屬於少年保護事件，因此仍會進入司法程序，這一類的案件在實務上又稱為「兩小無猜」案件。2015 年的同志大遊行主題為：「年齡不設限—解放暗櫃，青春自主」，其中「人民民主陣線—貧窮同志參政團」主張「兒少性無罪 廢除刑法 227」，認為合意自主的性行為不該被入罪，制度不該以保護之名行懲罰之實，限縮人民直視並處理未成年者性議題的機會¹。這個倡議引發了社會各界的激辯，部分的宗教、家長團體紛紛表達其擔憂²，而長期從事兒少服務的勵馨基金會則表態不應全面廢除刑法第 227 條，主張推動兩小無猜除罪化³。台灣展翅協會對兩小無猜的除罪化則存有疑慮，其建議若兩造年齡相當（如相差 2~3 歲）且為「持續交往的關係」方可考慮除罪化，避免青少年受到團體壓力而在半推半就的情形下發生性行為⁴。另外婦女新知基金會則認為現行的刑法「妨害性自主」罪章各條項均有其缺陷，造成實務判決問題叢生，應當就「妨害性自主」罪章所有條文整體性的修法來解決，而非單純討論單一條文的存廢⁵。其實早在 2011 年婦女新知基金會即曾舉辦過「兩小無猜罰不罰？刑法妨害性自主罪章現行實務處境」之座談會，而 2013 年，立法委員王育敏也曾辦過「兒

¹ 邱皓庭、李健裕、姚立強（人民民主陣線貧窮同志參政團共筆），〈兒少性交應該除罪化〉，刊於蘋果即時論壇，網址：

http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20151103/725005/?fb_comment_id=fbcomment_1239943402699480_1240176876009466_1240176876009466#f2d85d5d28（最後瀏覽日期：2019/04/25）

² 北市小聯會聲明：嚴正反對廢除刑法 227 條，自由時報，網址：

<http://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/1503524>（最後瀏覽日期：2019/04/25）

³ 勵馨基金會呼籲：兩小無猜除罪化，非全面廢除刑法 227，公民行動影音紀錄資料庫網站，網址：<http://www.civilmedia.tw/archives/39211>（最後瀏覽日期：2019/04/25）

⁴ 李麗芬（台灣展翅協會秘書長），兩小不一定無猜，刊於蘋果即時論壇，網址：

<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20151112/730684/>（最後瀏覽日期：2019/04/25）

⁵ 婦女新知對廢除刑法第 227 條之正反雙方意見的回應，公民行動影音紀錄資料庫網站，網址：

<http://www.civilmedia.tw/archives/39201>（最後瀏覽日期：2019/04/25）

少嗜禁果，爭議如何解？」之公聽會，一直到了 2014 年，勵馨基金會仍圍繞此議題，辦理「2014 愛馨擂台：兩小無猜除罪化配套措施圓桌論壇」，然而社會對話至今仍未形成共識，雖然 2017 年我國司法改革國是會議針對刑法第 227 條、第 227 條之 1 的兩小無猜的議題做出決議：「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。」，但至今立法機關仍無修法動作，足見此議題的爭議性與複雜度。本文將介紹法律為了處理少年間合意性行為案件而交織出的保護網路，並指出目前學校、社政、司法所面臨的實務困境，再借鏡美國「法定強暴罪」的刑事政策及研究，反思我國刑法第 227 條所面臨的諸多爭議，期能為此議題提供多面向的思考與建議。

貳、處理少年間合意性行為的法律網絡

一、刑法第 227 條立法脈絡與保護法益

大清律法到民國 88 年前的刑法，將姦淫幼女之行為視為準強姦罪，其保護的法益為「善良風俗」，因為侵害稚女的童貞是傷風敗俗的，才要懲罰與稚女發生性行為的行為人，至於與已婚的稚女或年幼的男性發生性行為者則非本罪所要處罰的對象⁶，這樣的父權觀點，一直到民國 88 年以後才有轉變，立法者正式將性犯罪從風俗犯罪重新定位為「妨害性自主罪」，有了性自主權以及性別平等的概念後，刑法第 227 條被賦予新的意義，其基本的假設是低於一定年齡的兒童及少年表達自主意思的能力不足，因此縱使與之合意發生性行為，仍屬侵害其性自主權的行為⁷，但也有學者主張與兒童及少年合意性行為，實際上是侵害兒童及少年身心健

⁶ 褚劍鴻（2004），《刑法分則釋論上冊》，頁 677、679，臺北：臺灣商務印書館。

⁷ 甘添貴（2010），《刑法各論（下）》，頁 268，臺北：三民。

全成長權⁸。

本文認為應該將兒童與少年分開檢視，就性自主權而言，進入青春期的少年原本就會對性產生好奇，加上性資訊流通發達，他們往往能夠理解性的內涵，雖然學者認為 14 歲以上未滿 16 歲之人「心智發育未臻健全，知慮淺薄，而對性交或猥褻行為欠缺完全的性自主判斷能力⁹」，但這種說法擔心的恐怕不是少年對性不能表達同意與否，而是擔心少年心智不全、思慮不周，會讓他們做出錯誤的決定而受害，立法者認為性對少年是有害的，且不信任少年有能力做出正確的決定，法律以保障少年的性自主的名義，限縮了少年行使性自主的權利。再者，就少年的身心健全成長而言，性確實可能對少年的生理造成懷孕或性病等不利影響，但在安全性行為的前提下，兩情相悅且年紀相仿少年間的性，亦可能是親密關係與情慾需求的嘗試，是否會對其心理造成負面影響？這些疑問都讓刑法第 227 條的可罰性基礎在兩小無猜案件中受到質疑。

二、兩小無猜條款在少年事件的適用問題

民國 88 年修法時立法者意識到少年間的性行為畢竟與成年人對兒童及少年之性行為有所不同，立法初衷是為了遏止「姦淫幼女」之惡行，而非為了懲罰初嚐禁果之少年男女，因此立法者特別設計了刑法第 227 條之 1 兩小無猜條款以及刑法第 229 條之 1 告訴乃論這兩個關卡，也就是說，在此種雙方合意、非暴力的性行為，且雙方又都未成年的狀況下，並非一定得用刑事制裁之方式解決不可¹⁰。然而這兩個關卡卻因未顧及少年事件特性，而不能達到減少兩小無猜案件進入司法系統之目的。

⁸ 盧映潔（2008），〈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 218-221。

⁹ 林山田（2004），《刑法各罪論》，頁 238、240，臺北：自版。

¹⁰ 王如玄（2006），〈偷嚐禁果之刑事法律責任〉，《學生輔導》，第 102 期，頁 24-25。

(一)、減輕或免除其「刑」與少年保護事件

刑法第 227 條之 1 規定未滿 18 歲之人觸犯第 227 條得減輕或免除其刑，又稱為「兩小無猜條款」。然而未滿 18 歲之人的觸法事件本就由少年法院享有先議權，應依少年事件處理法之程序進行，屬於少年保護事件，少年可能獲得的處遇為「保護處分」，自然沒有刑法第 227 條之 1 的減輕或免除其「刑」規定之適用。在兩小無猜的實務案件中，若女方堅持提告，男方通常也會提告以求自保，最後變成雙方都成為觸犯刑法第 227 條的「同案共犯」，呈現互為加害及被害的吊詭結果。

(二)、「告訴乃論」並非啟動少年事件程序的要件

雖然刑法第 229 條之 1 明定未滿 18 歲之人犯第 227 條之罪者須告訴乃論，但未滿 18 歲之人的觸法行為屬於少年事件，少年事件程序開啟並不以提出告訴為要件，而是依少年事件處理法第 17 條、第 18 條規定，有「報告」、「移送」、「請求」三種途徑。亦即，任何人知道未滿 18 歲之人觸犯刑法第 227 條時，均得向少年法院報告，少年法院即應受理並開啟後續少年事件程序，若是檢察官、司法警察官、法院執行職務時知有未滿 18 歲之人觸犯刑法第 227 條，例如司法警察官對未滿 16 歲的妨害性自主案件被害人製作筆錄時，意外得知該名被害人另外也有跟其他未滿 18 歲的少年發生合意性行為，則不管被害人及其法定代理人是否要對該名少年提出告訴，司法警察官均有義務應將少年以刑法第 227 條之罪移送少年法院。少年事件一旦開啟，縱使被害人或法定代理人表示不願提告，或是中途撤回告訴、和解等，均無法中斷少年事件程序。少年事件處理法之所以如此規定，係因為少年保護事件重在教育與輔導，而非懲罰，因此當少年有觸法或虞犯行為時，即表示少年可能身處某種成長危機之中，法院有必要予以調查了解，若依調查結果認為有處遇介入之需要，縱使告訴權人不提告或已和解撤告，法院仍可給予適當之

保護處分，以協助少年健全成長。

參、介入少年間合意性行為的實務困境

現行的法律網絡以刑法為中心，將兩小無猜定義為性侵害案件，看似是一個觸犯法律，需要「懲罰」的行為，但因為觸法者是少年，因此由性別平等教育法、性侵害犯罪防治法、少年事件處理法等法規交織成一張名為「保護」的網路，並拉入學校、社政、衛福、司法等體系，共同處理少年的性議題（如圖 1），然而各系統卻也面臨不同的困境。

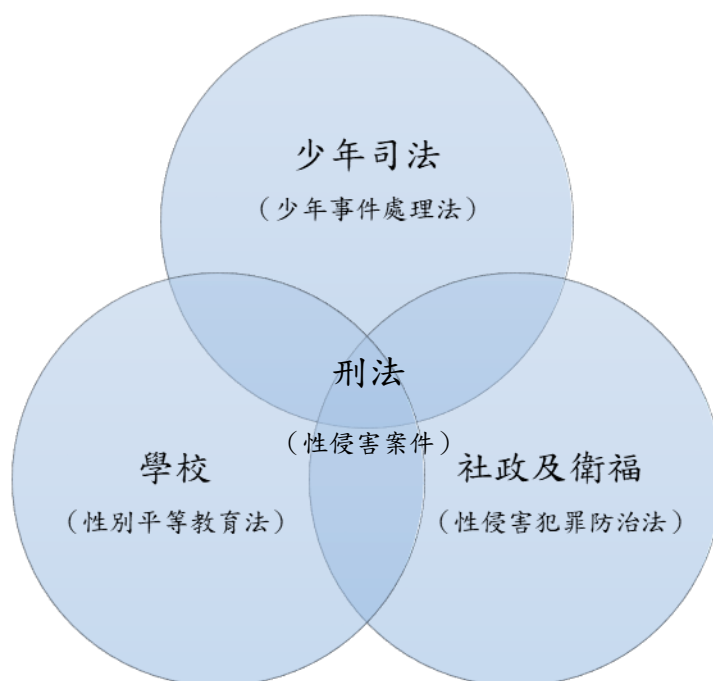


圖 1 現行的實務網絡

一、校園內的輔導與性平教育難以落實

老師知悉學生疑似受到性侵害時，負有法定通報義務，校方也要開啟性平會的調查處理程序，然而這樣的制度卻常衝擊師生間的信任關係。當學生們在性議

題遭遇疑難時，因為知道老師有通報責任，為了避免麻煩、保護隱私，自然不會再將老師當作一個求助資源，而是轉向同儕、網路，我們即難確保青少年資訊來源的正確性，老師也錯過了能第一時間給予情感教育、性教育的機會。當青少年間的合意性行為被當作觸法行為時，生對生的親密關係必然會被以法律道德的眼光檢視，並強化父權式的保護，進而影響學校對於校園性教育的態度¹¹。在性平會上的當事人（兩情相悅的小情侶、被迫出櫃的小同志伴侶）淪陷在互為加害也互為被害的詭異關係，只能在大人面前承認「做錯事」。相對的，學校面對上級機關的壓力、輿論的指責以及家長的怒氣時，最簡單的就是採取保守的作法，斬斷青少年的性好奇、將性神聖化（真愛值得等待）或是妖魔化（探索情慾將導致濫交、性病…），盡可能讓青少年在大人心中維持著純潔美好的形象，以得到家長的認同，同時也省去行政負擔，但卻忽視了青少年可能在大眾媒體、同儕耳語中接觸到不正確的性觀念，成人們也喪失了理解青少年親密關係脈絡的機會。

二、社政的服務焦點轉移與資源耗費

兩小無猜案件不像典型的性侵害、家暴案件存有明顯「對／錯」，有時候提告並非案主所願，而是家長親權的行使，因此社工在陪同案主的歷程中除了要面對案主的抗拒以外，花更多心力的部分有時是在親子關係、家庭衝突，社工經常需要將服務重心就從案主轉移到家庭上，不免讓社工有「到底要處理誰的最佳利益」這樣的困惑，以及價值觀的拉扯¹²。再者兒少保護事件眾多、社工人力不足，已是我國社政系統長久以來的問題，而兩小無猜案件中案主的身心狀態比起於性暴力、兒虐的被害人相對平穩，在服務序位上自然退後，社工也常將時間花在司法

¹¹ 楊嘉宏(2014)，〈性別平等不只是法治教育：一個國中基層教師對於性別平等教育的觀察筆記〉，《性別平等教育季刊》，第67期，頁25-29。

¹² 高宛如(2016)，〈「兩小無猜條款」下社會工作人員倫理實踐之弔詭〉，頁96，東吳大學社會工作學系碩士論文。

偵審階段的陪伴，較難深入建立專業關係。尤其是兩小無猜案件中的男性案主，因為受到「男賺女賠」的觀念影響而少有被害感受，亦無明顯的困擾，社工多傾向從旁觀察、追蹤直到司法程序告一段落後結案，但案主深層的議題卻要長期陪伴、建立關係後才有可能發現。

三、司法現場的性污名與重複處遇

因刑法第 227 條而進入司法程序的少年，至少會經過警詢、審前調查、審理期間等三次以上的重複詢問，而後續的處遇、一次次的開庭，也反覆地提醒他們做錯了「性」這件事，當案件尚在調查審理階段，實在難以對少年做細緻的輔導或扭轉其對性的認知，而且家長的性觀念、社會的性道德卻沉沉的壓在少年身上。例如，一名哭哭啼啼的母親，正對著他的女兒敦敦教誨：「小小年紀就被人家欺負了，傳出去還能聽嗎，怎麼這麼不懂保護自己，我真的是見笑死（閩南語）不會教小孩…」。或是氣沖沖的父親向少年調查官抱怨：「你知道他們開多少嘛（指女方家長要求的和解金）？以為她女兒鑲金的哦？我是不方便議論人家啦，但我聽說她女兒早就不是處女了啦，你看她家長告了好幾個，動機不單純啦，唉…我們家兒子就是笨啦…」這些話語，通通進了一旁低著頭的十五歲男孩耳裡。成人們如何看待並處理兩小無猜的問題，其實就是一種身教，在訴訟中一來一往的言語，背後傳達的性態度與價值觀，都會深深印在這些尚在發展中的少年腦海裡，影響他們未來看待性別以及親密關係的方式。

少年法院以教育輔導為優先，無論是假日生活輔導或保護管束，都可以安排少年參加法治教育、性別平等之課程，也能透過個別晤談進行輔導，另外依據性侵害犯罪防治法第 20 條第 2 項，經裁定保護處分之妨性案件少年亦準用各縣市政府家防中心主理的加害人身心治療或輔導教育。然而這些資源是否透過學校或社

政單位提供即已足夠？例如性別平等教育法已規定針對加害人提供八小時性別教育，也安排輔導室資源介入輔導，相比之下，學校與法院似乎只差在強制力的有無而已？假設少年已經在校接受性別教育，是否還有必要來到法院再上一次性別教育課程，造成專業處遇的重複與浪費。再者，少年在校若已經與輔導老師建立關係，也針對性議題進行輔導，那麼是否還需要與其他專業人員的介入？畢竟建立關係需耗費不少的時間與精力，而少年也常會感到厭煩，覺得同一件事不需要跟這麼多人談。目前兩小無猜案件有學校、社政、衛福、司法等系統介入，各系統的共同目標都是保護少年的最佳利益，然而現行制度如同多頭馬車，我們不禁要問—「現行的保護網絡，真的保護到了少年嗎？」如何簡化並集中資源，提供適切的服務已成亟待解決的議題。

肆、借鏡美國法定強暴罪之刑事政策

一、美國法定強暴罪的發展脈絡

美國法定強暴罪（Statutory Rape Law）指的是禁止與未婚且低於某個年齡的人發生性行為¹³。學者 Cocca 指出法定強暴罪在美國並不只是一個道德的問題，而是與經濟利益、歷史脈絡交織在一起，在不同的時間點具有不同的目的¹⁴。在古代，女性的貞節是父權社會中的家族財產，法定強暴罪的功能是確保白人女性進入婚

¹³ 20 世紀晚期的「法定強暴罪」在美國各州有不同的名稱，這些名稱通常包括「法定強暴罪」（statutory rape）以及第 n 級強暴罪（rape in nth degree，例如典型施以強制力的強暴會被列為第一級強暴罪，而法定強暴罪可能被列為第二級、第三級或第四級強暴罪）、第 n 級性侵害（sexual assault in nth degree）、第 n 級性暴力（sexual battery in nth degree）、法定性引誘（statutory sexual seduction）、對未成年人性虐待（sexual abuse of a minor）、兒童性虐待（child sexual abuse）、兒童性騷擾（child molestation）、兒童強暴（child rape）、猥褻兒童（indecency with a child）。

¹⁴ COCCA CAROLYN, JAILBAIT: THE POLITICS OF STATUTORY RAPE LAWS IN THE UNITED STATES 1-2 (2004).

婚前的貞節，以保證家族的名譽、父系血統的純正。到了 19 世紀與 20 世紀之交，工業化與城市化導致社會氛圍巨變，不受監管自由戀愛增加，來自中產階級的改革者將重心放在拯救移民與工人階級女孩的性道德，企圖使他們渴望中產階級的價值觀和家庭結構，避免她們成為墮落的女人而無法結婚¹⁵。然而 1980 年代到 1990 年代的第二波女性主義者則察覺到了性道德的雙重標準，並設法改變法律的不平等現象，他們推動性別中立的立法，使男女均受法定強暴罪保護，並使用了年齡差距條款，以被害人和被告之間的年齡範圍為基準，設計了刑罰分級來反映被害人的年齡，改革者力求更好地保護幼童，同時免除年齡相近的青少年遭受重罪級別的起訴，以確保法律的打擊對象是那些年長的掠奪者（predator）¹⁶。到了 2000 年左右，福利政策緊縮主導了法定強暴罪的執行，法律瞄準的是有色人種及非法移民，同時也為了減少因未婚懷孕而領取政府補助的青少女小媽媽，政府嚴格執行法定強暴罪，試圖嚇阻那些使青少女懷孕的成年男子¹⁷，然而其執行成效不如預期，未婚懷孕並未因此減少，卻衍生青少女轉尋密醫、生父被捕入獄導致家庭經濟困難、政策過度關注懷孕而忽略其他性剝削風險等負面影響¹⁸。

因應性道德變遷、女性主義運動、國家福利政策緊縮，法定強暴罪被用於滿足特定的期待。然而，近代以來社會對性的價值觀逐漸開放，大眾對於少年間的性行為是否需要被視為犯罪起了疑問，觸犯法定強暴罪的少年在性犯罪者登記法案與法定強暴罪相互搭配的法律制度下又受到了不成比例的懲罰，這些因素促使美國各州思考解套方案，擴大了年齡差距條款的應用。

二、以年齡差距為分野的立法例

¹⁵ Cocca, *supra* note 14, at 12

¹⁶ Cocca, *supra* note 14, at 21-22.

¹⁷ Cocca, *supra* note 14, at 25.

¹⁸ Oberman Michelle, *Regulating Consensual Sex with Minors: Defining a Role for Statutory Rape*, *Buff. L. Rev.* 48. 738 (2000).

(一)、法定強暴罪使少年受到不成比例的懲罰

法定強暴罪和性犯罪者登記制度相互配合，本意在於保護低於同意年齡的兒少，懲罰那些「掠奪者」並透過性犯罪者登記制度以提醒居民提高警覺，維護社區的安全，但是，在部分案例中，有些少年卻受到了不成比例、殘酷的懲罰，以 Genarlow Wilson 案為例，Genarlow Wilson 是一位模範生，他沒有前科紀錄、在校的 GPA 為 3.2，同時也是一名高中足球明星，已經獲得大學教練的賞識並提供全額獎學金。然而在 2003 年的 12 月，他和一些年紀相仿的朋友在旅館參加跨年派對，當時一名 15 歲的青少年對 17 歲的 Wilson 進行口交並被錄影下來。雖然 Wilson 堅稱該名青少年是自願且主動的，但他仍被依加重對兒童性猥褻起訴，被判處最低有期徒刑十年且不得假釋，同時也終身被登記為性犯罪者，依法禁止與他的妹妹同住，Wilson 在從監獄釋放前必須提供他的居住地、社會安全碼、指紋、相片等資訊給監獄官，這些資訊以及他的犯行將會被轉發給警長辦公室，再張貼到他所住的社區以及網路上。另外依據喬治亞州的居住限制法律，Wilson 被釋放後，他將無法在任何幼兒照顧機構、教堂或其他未成年人聚集地的 1,000 英尺內生活或工作¹⁹。如此嚴厲的懲罰使陪審團感到震驚，並在國際上引起強烈批評，在 Wilson 被判刑的一年後，喬治亞州改變了法律，將少年間的合意性行為變成輕罪，只能判處一年以下的有期徒刑，而且不需要被登記為性犯罪者。然而立法者拒絕將新法律溯及既往至 Wilson 的案件，在 Wilson 被監禁兩年多後，喬治亞州的最高法院才宣告 Wilson 被控重罪已經違反憲法保障（禁止殘酷及不尋常的懲罰）因而將 Wilson 釋放²⁰。

¹⁹ Cohen, Meredith, No Child Left Behind Bars: The Need to Combat Cruel and Unusual Punishment of State Statutory Rape Laws., *Journal of Law and Policy* 16.2 , 717-719 (2009).

²⁰ Georgia Court Frees Man Convicted in Sex Case, at <http://www.nytimes.com/2007/10/27/us/27georgia.html?mcubz=0> (last visited 04/25/2019)

(二)、年齡差距條款的應用

美國學者 Koon-Magnin 與 Ruback 在 2013 年發表的研究中，針對被害人年齡、加害人年齡以及年齡差距對於法定強暴罪合法性看法的影響做了調查，多數的受訪者認為年齡差距愈小的少年間合意性行為，愈不該受到嚴厲的懲罰或被當成犯罪處理，而且當加害人的年齡愈小，其可責性也愈低²¹。為了回應公眾意見以及避免少年間合意性行為受到過度嚴厲的懲罰，各州多在這類的法律中設有不同基準的年齡差距條款，讓年齡差距在 2~6 歲內年紀相仿的少年僅被判處輕罪或不構成犯罪。

以美國密西西比州的法定強暴罪（Mississippi Code § 97-3-65. Statutory rape）為例，其性行為的最低同意年齡也是 16 歲，但其規定較為細緻，是依照被害人的年齡設定不同的年齡差距，並以行為人的年齡給予不同懲罰，節譯條文部分內容如下²²：

§ 97-3-65.

(1)以下情形觸犯法定強暴罪

(a)、任何人年滿 17 歲以上並與兒童性交（sexual intercourse）：

(i) 兒童年齡在 14 歲以上未滿 16 歲；

(ii) 兒童比行為人年輕 36 個月以上；

²¹ Koon- Magnin, Sarah, and R. Barry Ruback, The Perceived Legitimacy of Statutory Rape Laws: The Effects of Victim Age, Perpetrator Age, and Age Span, *Journal of Applied Social Psychology* 43.9, 1918, 1919-20 (2013).

²² Mississippi Code § 97-3-65. Statutory rape; enhanced penalty for forcible sexual intercourse or statutory rape by administering certain substances; criminal sexual assault protection order.

(iii) 兒童並非行為人的伴侶

或(b)任何人與兒童性交：

(i) 兒童年齡在 14 歲以下

(ii) 兒童比行為人年輕 24 個月以上;

(iii) 兒童被非行為人的伴侶。

(2) 被害人的同意以及不守貞節均不能作為法定強暴罪的抗辯理由。

(3) 定罪後，行為人應被判處：

(a) 行為人若在 18 歲以上但未滿 21 歲，並根據本條(1)(a)款定罪者，處以不超過五年的監禁或處以不超過\$ 5,000.00 的罰金，或併科。

(b) 行為人若在 21 歲以上，被以本條(1)(a)定罪，對初犯者，處以不超過 30 年之監禁或處以不超過\$ 10,000.00 之罰金，或併科。對於後續每一再犯，處以不超過 40 年之監禁。

(c) 行為人若在 18 歲以上，被以本條 (1)(b) 定罪者，處以終身監禁或由法院決定較低的監禁刑期，但不得少於 20 年。

(d) 行為人若在 13 歲以上未滿 18 歲，而被以本條 (1)(a) 或(1)(b)定罪者，則由法院酌情判處監禁、罰金或其他刑罰。

本文認為從這樣的立法例可以清楚看到法定強暴罪想打擊的對象是那些「年

長掠奪者」，至於 21 歲以下的行為人就依照他們與被害人的年齡差距、被害人的年齡給予不同程度的懲罰，對 13 歲以上未滿 18 歲的行為人（例如 17 歲行為人和 13 歲的被害人的案件）考量行為人畢竟未成年，由法院酌情裁量則是一種彈性的作法，較能兼顧個案情況與公平性。

年齡差距條款意識到，在年齡相近的人之間，存有脅迫或剝削的風險並不高，為了公平起見，許多州都有年齡差距條款的存在，以避免青少年受到不公平的懲罰。同時，也因為法定強暴罪比「強制的」(forcible) 強暴罪多出許多，因此需要年齡差距條款來限制進入法院的案件數量，避免法院負荷量過重，以達到節省時間與金錢的政策基礎目標。總體來說，推行年齡差距條款的刑事政策，除了能夠確保懲罰是公正的以外，還有助於司法資源的經濟性²³。

伍、刑法第 227 條應修正的理由與建議

一、少年間合意性行為應除罪化

(一)、刑法不該是鞏固貞操與性道德的工具

兩小無猜的案件常伴隨著激烈的親子衝突，刑法第 227 條亦常為家長管教孩子的工具，宣示「滿 16 歲以前發生的性都是犯罪」，但縱使男女雙方互為加害人/被害人，較常見的仍是女方家長不甘女兒「受欺負」而提告，和解也常是由男方賠償女方，如果貞操/男賺女賠的觀念仍牢牢地與刑法第 227 條交織在一起，那近年來立法者所欲賦予刑法第 227 條的新價值—保障兒童及少年的性自主權、健全成長權，將很難被真正實踐，縱使在法律文字上，刑法第 227 條的被害人已經從

²³ Flynn Danielle, All the Kids Are Doing It: The Unconstitutionality of Enforcing Statutory Rape Laws against Children & Teenagers, New Eng. L. Rev. 47,688-689 (2012).

「女子」改為「男女」，但也僅僅是表面上法律符號的替換而已。有時司法可能淪為家長宣洩情緒、控制孩子的場域，也容易影響孩子的價值觀念。需要被反省的是，一條刑法並不能取代家庭教育的功能，也無法替代學校的性教育課程以及國家對青少年的公衛政策，我們應該體察刑法的極限性而非期待能一勞永逸。

(二)、性作為健全成長的一部分

部分的宗教或家長團體認為，讓少年過早接觸性，會影響他們的身心健康，國家/家長有必要挺身而出保障少年²⁴。然而也有學者批判這種家父長式的保護觀導致社會瀰漫著恐性的氛圍，將兒童及少年都包裝成純潔的形象，並達到去性化的目的，使得少年的性自主權受到剝奪²⁵。本文認為「性自主權」與「身心健全發展權」並不是二元對立的關係，而是可以兩者兼顧，性自主的學習，其實就是少年身心健全發展的一部分。

心理社會學派 (psychosocial approach) 的心理學家 Erik Erikson 提出發展階段 (stage of development) 觀點，其認為人在每個階段都有其「發展任務」 (developmental task) 也會遇見「心理社會危機」 (psychosocial crisis)，在青少年前期 (12 至 18 歲)，是以迅速的身體變化作為標誌，而且伴隨生殖系統早熟的結果，同儕文化中會出現約會、戀愛等浪漫韻事，並衍生生育與性的議題²⁶。根據兒福聯盟在 2012 年針對國小五、六年級以及國中七、八年級學童所做的兒少戀愛觀與行為調查報告發現，每四個孩子就有一個 (26.9%) 孩子曾交過男女友朋友，而且三成七 (37.1%) 孩子會和異性單獨出去玩、一成 (10.7%) 孩子可以接受和另

²⁴ 北市小聯會聲明：嚴正反對廢除刑法 227 條，同註 2。

²⁵ 甯應斌 (2011)，〈極端保護觀：透過兒少保護的新管制國家與階級治理〉，《臺灣社會研究季刊》，第 83 期，頁 278-281。

²⁶ Philip and Barbara Newman (著)，郭靜晃、吳幸玲 (譯) (1994)，《發展心理學—心理社會理論與實務》，頁 42-60、69-72，臺北：揚智文化。

一半有愛撫行為、4.3%孩子可以接受性行為，且在戀愛觀方面，逾半數的孩子認為當交往對象對自己有進一步要求時，自己不會拒絕，而三成有交往經驗的孩子為了討好對方什麼都願意做。然而，有七成一的孩子表示交男女朋友時不會告知家長，三成一的孩子表示學校老師教導的兩性課程完全沒有幫助、四成一表示家長從沒有教導兩性交往時要如何保護自己。從這份調查報告中，我們可以得知談戀愛確實是青春期孩子普遍會遇到的經驗，而且部分孩子也容易有偷嚐禁果的機會以及價值觀，然而他們卻無法從家庭或學校得到幫助²⁷。

(三)、從犯罪問題到健康議題

傳統的研究基於少年性行為可能導致性病、懷孕，甚至可能伴隨物質濫用或偏差行為，而將其形塑成一個亟待解決的「問題行為」，學者 Chilman 認為將青少年性行為與青少年懷孕、性病傳染等連結在一起的研究主導了政策，同時也阻止了我們以正面態度看待少年性行為的機會，少年性行為不應該被視為一個「問題」，而應該被當作一個「健康」的議題²⁸，再者，少年性行為與其他問題行為明顯不同的是，它並不是固有的、不可避免的健康風險，而是基於其年齡，被假定不宜過早發生性行為而來。

近年來開始有研究針對「早發性行為與負面社會心理因素的連結²⁹」提出質疑，其一是早發性行為與負面社會心理因素的研究大多是橫向的比較，因此難以

²⁷ 兒童福利聯盟文教基金會（2012），2012年兒少戀愛觀與行為調查報告，載於：<https://www.children.org.tw/research/detail/70/541>（最後瀏覽日期：2019/04/25）

²⁸ Chilman, C. S., Promoting Healthy Adolescent Sexuality. Family relations, 123-124. (1990).

²⁹ 一些以美國為樣本的研究發現，早發性行為與許多社會心理因素有強烈連結，包括物質濫用、低自尊、憂鬱症、自殺意圖等等，例如在一項青少女性行為的橫向（cross-sectional）研究中，發現16歲以下性活躍的青少女比起非性活躍者，顯然有比較多的憂鬱症狀，對未來的前景也更悲觀、學習動機較不積極、在校表現比較不好。Martin, A., Ruchkin, V., Caminis, A., Vermeiren, R., Henrich, C. C., & Schwab-Stone, M., Early To Bed: A Study Of Adaptation Among Sexually Active Urban Adolescent Girls Younger Than Age Sixteen, Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry, 44 (4), 358-367 (2005).

知悉負面社會心理因素是在性交之前已經存在，或是性交之後才發生。其二是除了關注社會心理發展對早發性行為的影響之外，社會文化因素對早發性行為所產生的潛在影響也很重要，例如民族、宗教或文化信仰及實踐，也可能影響早發性行為與社會心理發展間的關係，不同文化背景即有可能導致不同的研究成果³⁰。例如荷蘭的公共衛生政策不再呼籲禁慾或者是父母的嚴格控制，取而代之的是賦予青少年權利以及責任去決定他們的性行為以及生殖健康。這麼做不但沒有導致青少年懷孕或墮胎大爆發，反而在 1970 年代初至 1980 年代間，荷蘭青少年的懷孕比率大幅下降，事實上從 20 世紀荷蘭即擁有世界上最低的青少年生育率，其青少年墮胎率也是先進工業國家中最低的³¹。

我們的法律認為性對少年來說可能是充滿問題的，而社會也對於學校要教給兒童及少年什麼樣的性教育有很大的爭議，美國對少年性議題的看法以及性教育爭議，其實與我國有高度的相似性，不過美國的討論更加蓬勃，並開始參考荷蘭的經驗，發現性是否對少年造成傷害，很大一部分原因取決於社會的文化，至少少年間的合意性行為不該被視為犯罪，這樣的觀點已逐漸在美國各州形成共識，因而有當代年齡差距條款、羅密歐與茱麗葉法案的適用，本文認為借鏡美國的立法發展，從法律的改革開始改變社會看待少年性議題的態度，是我國可以參考的一條路徑。

³⁰ 學者以 650 名年齡在 12 歲至 15 歲間的荷蘭青少年為施測樣本進行縱向性研究（進行兩次測試，間隔一年），欲了解早發性行為與父母及同儕依附關係、自我概念、內外在問題行為之間的關聯性，研究結果顯示在青少男的樣本中，低度的母性依附和高度的違規行為確實會增加其成為早發性行為者的可能性，但自我概念與內在化問題（焦慮、憂鬱、自我封閉、身心症）並不能作為早發性行為的預測因子。在青少女樣本中，依附關係、自我概念、問題行為並不能作為青少女是否會產生早發性行為的預測因子，這樣的結果與美國相關研究的假設相反，研究結果並不支持早發性行為與自我概念的負面連結，而且對青少女的學業能力也沒有影響。Udell, W., Sandfort, T., Reitz, E., Bos, H., & Dekovic, M., The relationship between early sexual debut and psychosocial outcomes: A longitudinal study of Dutch adolescents. *Archives of Sexual Behavior*, 39 (5), 1133-1134 (2010).

³¹ Schalet, A., Must we fear adolescent sexuality?. *Medscape General Medicine*, 6 (4) (2004). available at <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1480590/> (last visited:2019/04/25)

二、對刑法第 227 條的修法建議

本文認為刑法第 227 條仍存有保護功能而不宜全面廢除，但是年齡相近的少年間合意性行為應予以除罪化。年齡差距較大者或是成年人，與少年在人際位階中存有上下關係，而在我們的受教經驗中，經常被教導要聽長輩、教練、老師、兄姊的話，基於這種暗示，少年在面對年齡差距較大者或成年人，的確存有權力不對等的風險，另外根據美國學者 Denise A. Hines 以及 David Finkelhor 針對法定強暴罪關係的研究，也發現少年有在經濟上依賴成年人，或藉由成年人的資源以彌補原生家庭的不足、將成年人當作「拯救者」等情形³²，此時若雙方發展性關係、從事性行為，則少年的自由意志可能受到限縮，而存有受有心人士剝削的機會。然而年紀相仿的同儕是少年日常生活中最常接觸的對象，他們可能一起上學、補習、從事社團活動，有大量相處時間，因此也比較自然地會將對方當成發展親密關係或是進行性探索的對象，因地位不對等而受剝削之風險較低。

本文建議仿效美國的年齡差距條款的設計，直接將兩小無猜事件變成非刑事犯罪，亦不必進入少年司法程序，在修法上於構成要件中直接增加年齡差距，例如修正後的第 227 條第 1 項是：「對於未滿十四歲之男女為性交，且年齡大於被害人三歲以上者，處三年以上十年以下有期徒刑。」第 227 條第 3 項為：「對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交，且年齡大於被害人三歲以上者，處七年以下有期徒刑。」少年大多為國中或高中職學生，我國的國中與高中職學制均以三年作為修業年限，依據一般生活經驗，少年最有可能與同儕發展人際關係，並有戀愛、約會等活動，進一步產生親密關係與性行為，因此將年齡差距設定在三歲，應有

³² Hines, Denise A., David Finkelhor, Statutory Sex Crime Relationships Between Juveniles and Adults: A Review of Social Scientific Research, Aggression and Violent Behavior 12.3, 300,300-314 (2007).

其根據³³。

年齡差距設計可避免以單一年齡作為性成熟認定標準，給予更多彈性空間，讓專業工作者判斷應該提供少年什麼樣的協助，但需要謹慎的是，若對於雙方合意有疑慮（例如一方認為受到強制或約會強暴）、或是雙方顯然處在不對等關係（例如與智能障礙少年的合意性行為）的爭議案件，因為有可能構成刑法第 221 條的強制性交罪或第 225 條的乘機性交罪，仍須依照法定流程進行通報，讓教育、社政與司法網絡可以承接住需要被保護的少年。除了提供專業訓練，提升第一線工作人員對兒少性議題的敏感度與專業知能外，其他相關的配套措施還包括檢討現行的通報系統、增加情感教育與性教育的輔導及諮詢資源等等，以充實兒少的保護網絡。

陸、結語

刑法的 227 條的保護法益已非善良風俗，而是兒少的性自主權或身心健全發展，因此我們更應以兒少的最佳利益作為刑事政策核心，成人們不該忽視少年的性與情慾，或將其標籤為偏差行為，亦不該將少年間的合意性行為視為犯罪處理，進而衍生種種問題，而是該正視少年在青春期的性發展與學習的權利，提供正確的知識與教育輔導資源，協助少年既能掌握性自主的內涵，也能達到身心健全成長的理想。

³³ 勵馨基金會曾委託學者於 2016 年進行了「兩小無猜事件處遇執行之跨國分析比較」的研究，其修法方向亦是建議參考美國年齡差距之做法，將年齡差距在三歲以內者予以除罪化或不罰。但其所參考的是佛羅里達州、紐約州及華盛頓州，而訂立三歲之差距亦是考量我國學制。蘇芊玲、楊佳玲等（2016），《兩小無猜事件處遇執行之跨國分析比較》，財團法人勵馨社會福利事業基金會臺灣性侵害受害人政策檢視及倡議延伸計畫，載於總統府司法改革國是會議第五分組第六次會議參考資料，<https://justice.president.gov.tw/meeting/48>（最後瀏覽日期：2019/04/25）

參考文獻

中文文獻

- Philip and Barbara Newman (著)。郭靜晃、吳幸玲(譯)。**發展心理學—心理社會理論與實務**。臺北：揚智文化。
- 王如玄(2006)。偷嚐禁果之刑事法律責任。**學生輔導**，102，20-25。
- 甘添貴(2010)。**刑法各論(下)**。臺北：三民。
- 林山田(2008)。**刑法通論(上冊)**。臺北：元照。
- 兒童福利聯盟文教基金會(2012)。2012年兒少戀愛觀與行為調查報告。載於：<https://www.children.org.tw/research/detail/70/541>
- 李麗芬(2015)。兩小不一定無猜。**蘋果即時論壇**。載於：
<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20151112/730684/>
- 邱皓庭、李健裕、姚立強(2015)。兒少性交應該除罪化。**蘋果即時論壇**。載於：
http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20151103/725005/?fb_comment_id=fbcomment_1239943402699480_1240176876009466_1240176876009466#f2d85d5d28
- 梁珮綺(2015)。北市小聯會聲明：嚴正反對廢除刑法227條。**自由時報**。載於：<http://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/1503524>
- 高宛如(2016)。「兩小無猜條款」下社會工作人員倫理實踐之弔詭。東吳大學社會工作學系碩士論文，臺北市。
- 婦女新知基金會(2015)。婦女新知對廢除刑法第227條之正反雙方意見的回應。**公民行動影音紀錄資料庫**。載於：
<http://www.civilmedia.tw/archives/39201>
- 甯應斌(2011)。極端保護觀：透過兒少保護的新管制國家與階級治理。**臺灣社會研究季刊**，83，277-291。
- 褚劍鴻(2004)。**刑法分則釋論上冊**。臺北：臺灣商務印書館。
- 楊嘉宏(2014)。性別平等不只是法治教育：一個國中基層教師對於性別平等

教育的觀察筆記。性別平等教育季刊，67，25-29。

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

勵馨基金會 (2015)。勵馨基金會呼籲：兩小無猜除罪化，非全面廢除刑法227。公民行動影音紀錄資料庫。載於：

<http://www.civilmedia.tw/archives/39211>

英文文獻

- Chilman, C. S. (1990). Promoting healthy adolescent sexuality. *Family relations*, 123-131.
- Cocca, C. (2004). *JAILBAIT: THE POLITICS OF STATUTORY RAPE LAWS IN THE UNITED STATES*. SUNY Press.
- Cohen, M. (2009). No Child Left Behind Bars: The Need to Combat Cruel and Unusual Punishment of State Statutory Rape Laws. *Journal of Law and Policy*, 16(2), 717-756.
- Flynn, D. (2012). All the Kids Are Doing It: The Unconstitutionality of Enforcing Statutory Rape Laws against Children & Teenagers. *New Eng. L. Rev.*, 47, 681-714.
- Goodman, B. (2007). Georgia court frees man convicted in sex case. *New York Times*, 27.
- Hines, D. A., & Finkelhor, D. (2007). Statutory sex crime relationships between juveniles and adults: A review of social scientific research. *Aggression and Violent Behavior*, 12(3), 300-314.
- Koon-Magnin, S., & Ruback, R. B. (2013). The perceived legitimacy of statutory rape laws: The effects of victim age, perpetrator age, and age span. *Journal of Applied Social Psychology*, 43(9), 1918-1930.

Oberman, M. (2000). Regulating consensual sex with minors: Defining a role for statutory rape. *Buff. L. Rev.*, 48, 703-784.

Schalet, A. (2004). Must we fear adolescent sexuality?. *Medscape General Medicine*, 6(4).