本論文獲得法務部司法官學院115年傑出碩博士犯罪防治研究論文獎

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master's Thesis

論未成年人人工流產之法定代理人同意權

Mandatory Parental Consent to Minor's Abortion as Justification

蔡尚珉

Shang-Min Tsai

指導教授：周漾沂 博士

Advisor: Yang-Yi Chou, Dr. iur.

中華民國 113 年 7 月

July 2024

doi:10.6342/NTU202402509

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

論未成年人人工流產之法定代理人同意權

Mandatory Parental Consent to Minor's Abortion as Justification

本論文係蔡尚珉君（學號:R10A21068）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國113年7月19日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

口試委員：

謝辭

數月前，正值論文開始遭遇各式各樣的瓶頸，每天都陷在看不完的文獻中，遲遲下不了筆。早早完成論文的友友馬總是故意在寫不出本文的我身邊念叨「謝辭好難寫哦」，當時只能苦笑的自己壓根無法想像能夠走到今天，以謝辭為說長不長、說短不短的三年碩士生涯作結，匆匆告別待了七年的台大。

首先要感謝周漾沂老師，大一修習老師的刑法總則可以說是我對於刑事法學領域的啟蒙，大學階段受到老師各種必修、選修課程的薰陶，對這門學問也更有興趣，最後有幸能夠在研究所繼續獲得老師的指導，真的深感幸運。謝謝老師在指導過程中從我的撰寫方式、思路到許多很粗淺的想法都會認真聆聽並給予最大的尊重，並且每次都能點出讓我不停反思的關鍵問題，雖然這本論文可能還有許多不足之處，但與老師討論問題時總是有趣又有收穫的！此外，也要感謝老師總是溫暖地照顧我們這群幼稚愛玩的研究生，每次的導生聚會、課堂閒聊都是珍貴又難以忘懷的開心時光！

其次要感謝撥冗擔任口試委員的林倍伸老師、黃種甲老師，兩位教授在口試時總是耐心溫和地聆聽我的回答並給予回饋，讓我的緊張感著實緩解了不少，也不吝給予我許多寫作上的寶貴建議，在實質內容上更是提供了我思考這個題目時更多不同的角度和觀點，使我獲益良多。特別感謝黃種甲老師將我們這群研究生視如己出（？），雖然沒有機會修習老師的專題課程，但感謝老師在論文寫作過程中時常用幽默的話語給予鼓勵，為我的碩三生活創造了許多輕鬆有趣的片段。

再來要謝謝亦師亦友的馬芬（學長），你總是樂於和我討論各種無解的問題、協助我釐清思緒，以過來人的身分給予寫作鋪排上的建議，在我精神萎靡的時候也給予我最積極正向的回饋和稱讚，讓我能夠撿回一點信心繼續往下寫，還有時不時來串門子跟我聊大是大非，都是我能繼續堅持完成這本論文最大的動力，沒有你可能就沒有這本論文！

doi:10.6342/NTU202402509

謝謝共同追求卓越和畢業的 2405 研究室夥伴們，我的蕭總是給予我最親切激動的反應，一起討論八卦、抱怨東抱怨西還有一起運動都是日常的小確幸；謝謝我在刑法組最可靠的戰友強尼，一起修了很多課、一起焦慮地寫報告，甚至一起體驗當作者，這些充實又胡鬧的日子我都會記得；謝謝張湘泓、許彣、李揚、康心宥，和你們一起吃飯、打球是我來研究室的最大動力！

還要謝謝在生活圈封閉的研究所時期陪我一起玩的朋朋，謝謝薩琳時不時的打氣和鼓勵；謝謝靠譜的陳俊宇往往一肩扛起聚會時的說故事工作讓大家津津樂道，那些故事大概還會再被回味 10 年起跳；謝謝善良溫和的阿連沒有被我和強尼嚇跑，願意跟我們一起吃飯喝酒，熱心幫忙很多繁瑣的事務也不嫌累；謝謝滿滿熱情又很快和我們混熟的家同總是警惕我們喝酒不好（開玩笑），希望還有機會復刻那趟說走就走的周門台南之旅！另外也要特別謝謝賴哥在論壇時給了我許多十分受用的建議，從參加讀書會、參訪到和馬芬、向偶爾的瞎聊小聚都是故事性一百分好笑到不行，值得出版成一本賴伯伯說故事！

謝謝我愛的冠軍搞笑女王柔予，從高中到大學一直堅實地成為我隨時能夠依靠的存在，接納我的正經、愛面子和情緒化，在繁忙的社畜生活中還是對我的各種大小事上心，求學過程中能有你的陪伴是我的小幸運（腦中有你唱這首的聲音）；謝謝率真的向，你的關心往往看起來平淡卻讓我感到湧上來的溫暖（不是淚水），和你一起的時光總是自在平靜的，謝謝你總是願意和我不著邊際地聊各種不有趣的人生問題，你的透徹是我成長的養分之一。謝謝迷妹群的典、紹晴、塔莎、爾柔、阿芳，在我因為論文心力交瘁的時候總是最真心地替我應援，口試結束後的驚喜活動也讓我感到何德何能，這些回憶永遠都會在我心裡收藏（比心）！

最後要謝謝我的家人，除了很愛小心翼翼地問我論文什麼時候交之外，對我的決定總是給予最大程度的支持，給我滿滿的愛和關心，創造了讓我沒有太多後顧之憂的環境，在完成這本論文的過程中再次體會到擁有這樣的你們是何其幸

doi:10.6342/NTU202402509

運。謝謝曾總是有效地安撫我的急性子和動不動就牙起來的焦慮感，即便是在自己都青黃不接的忙碌日子中還是努力照顧好不足的我、聽我訴苦，很慶幸有你陪我成長，謝謝你成為我最堅實的後盾。

至今還是沒有要告別學生生活的真實感，對於嶄新的生活也仍然充滿不安，不過回顧這段荏苒的時光，我想是那麼多大大小小讓我感到被愛的時刻，讓我重新擁有勇氣，還得以想像並期待一個面對未來更加堅強的自己。

doi:10.6342/NTU202402509

中文摘要

墮胎的要件及合法性問題向來是引致許多社會團體意見分歧的重大爭議，而當墮胎的主體為未成年少女時，其造成的反彈聲浪就更為明顯。我國現行《優生保健法》第 9 條第 2 項規定未成年人接受人工流產必須經過法定代理人同意的規定，自制定以來並未受到過多討論與質疑，惟近年由婦女團體及行政院衛福部所提出的修法草案卻開放了例外得由法院裁定的規定，顯示法定代理人同意權制度的正當性基礎正面臨挑戰與鬆動。

本文透過分別從「家長」及「未成年人」的角度分析法定代理人同意權的可能基礎，及概覽其他法領域對於法定代理人制度目的的想像，試圖觀察父母子女關係的意義與內涵發生如何的轉變，法定代理人同意權制度又是如何穩固地奠基在傳統的家長權、近代的兒少權利論述與自由主義之上。其次，本文試圖從刑法自身的目的出發，說明個人決策的效力僅能以其自主性為斷，僅有在個人欠缺自我負責的條件時，始有透過扶助體制加以介入的正當性。具體而言，本文認為自主性的條件包含認識判斷能力與基本的自我控制能力，而未成年人的人工流產程序也必須對應於這兩個要件的具備或欠缺而有相應的制度設計，不應一概地預設未成年人欠缺自主條件，而以完全壓抑自主行使可能的法定代理人同意權作為唯一合法的程序要件。

關鍵字：優生保健法、墮胎、法定代理人同意權、家長權、未成年人最佳利益、自我負責

doi:10.6342/NTU202402509

英文摘要

Abortion has long been a highly contentious issue, sparking intense debate among diverse social groups. This controversy is particularly amplified when the issue involves underage girls. The Genetic Health Act in Taiwan currently mandates that minors obtain parental consent before undergoing an abortion. While this provision has faced little scrutiny since its inception, recent legislative proposals from women's groups and the Ministry of Health and Welfare challenge this requirement by introducing judicial oversight as an alternative.

This article examines the underpinnings of parental consent for abortion from both parental and minor perspectives, and explores how legal systems conceptualize guardianship. By tracing the evolution of the parent-child relationship, the article demonstrates how parental consent has been rooted in traditional parental authority, contemporary child rights discourse, and liberal principles. Furthermore, it argues that the efficacy of individual decision-making hinges on autonomy, as criminal law principles suggest. Intervention is justified only when an individual lacks the competence for moral responsibility. Autonomy, the article posits, encompasses the cognitive capacity and basic self-control. Accordingly, abortion procedures for minors should be tailored to their individual capacities for autonomy rather than imposing a blanket requirement for parental consent.

Keywords: The Genetic Health Act, Reproductive Health Act, Abortion, Parental Consent, Parental Rights, Best Interests of Children, Moral Responsibility

doi:10.6342/NTU202402509

目次

口試委員會審定書 I

謝辭 II

中文摘要 V

英文摘要 VI

目次 VII

表次 IX

第一章 緒論 1

第一節 研究動機與問題意識 1
第二節 研究範圍與限制 4
第三節 研究方法與架構 5

第二章 法定代理人同意權與墮胎法制概覽 8

第一節 鳥瞰法定代理人制度 8
第一項 民事法 8
第二項 醫事法 13
第三項 刑事法 18
第四項 小結 22
第二節 我國現行人工流產規範 25
第一項 立法沿革與近期發展 25
第二項 現行條文與實務現況 31
第三節 小結 41

第三章 重新檢視法定代理人同意權之正當性 42

第一節 家庭及家長之保護 42
第一項 親權概念之歷史 42
第二項 特定家庭秩序之維護 50
第三項 家長的固有利益 57

doi:10.6342/NTU202402509

第四項　家長權作為對價 65
第五項　小結 73
第二節 未成年人權利與兒少最佳利益 76
第一項　未成年人利益／權利概念之歷史演變 77
第二項　自由／解放取向 82
第三項　保護取向 89
第一款　脆弱的兒少 90
第二款　自由主義與法律家長主義 95
第一目 自由主義者眼中的兒童 95
第二目 法律家父長主義之類型與正當性基礎 101
第三款　兒少最佳利益與家長同意權 112
第四款　本文評析 117
第三節 其他社會需求？ 122
第四節 小結 125
第四章 以未成年人的自主決定權為核心 128
第一節 自主概念與扶助體制 128
第一項　自由作為典範 128
第二項　自主性的基本條件 133
第三項　扶助體制之功能 141
第二節 法定代理人同意權之重新定位 145
第一項　法定代理人同意權之反省 146
第二項　兒少自主能力之形貌 151
第三項　制度設計之建議與展望 157
第三節 現行法及修法草案評析 166
第一項 現行法與實務見解評析 166
第二項 修法草案評析 168
第五章 結論 171
參考文獻 176

doi:10.6342/NTU202402509

表次

表 1 自我負責能力之類型與相應之規範設計建議..... 165

doi:10.6342/NTU202402509

第一章 緒論

第一節 研究動機與問題意識

墮胎議題向來因涉及宗教、公共衛生、傳統倫理道德等社會層面而引發激烈爭辯，在性別平權意識的提升下，女性的生育決定及過程所遭受到的歧視、壓迫、刻板印象、母職懲罰（motherhood penalty）[1]以及與其他社會經濟問題交織的困境也受到女性主義者的強烈關注。在墮胎問題上，女性主義者強調「生育自決權」，也就是應該由女性自行決定是否留下腹中胎兒。除了對於墮胎除罪化的倡議之外，與生育自決權最直接相關的便是配偶同意權的討論，也就是女性的生育決定不應受制於無須直接承擔生育負擔的配偶，女性主義者並批評此種規範顯然是父權時代下的產物，也就是懷孕婦女的身體均歸屬於丈夫所有，並讓丈夫得以監控婦女的性活動[2]，進而強烈譴責《優生保健法》第 9 條第 2 項配偶同意權規定，長久以來都大力主張應儘速刪除之。

而當墮胎議題與未成年人議題匯流，問題則顯得更為複雜。縱使無論是基於反從屬（antisubordination）或反歧視（antidiscrimination）的墮胎權論述[3]，生育自主權的重要性都不因懷孕者尚未成年而有異，也就是未成年少女被迫持續懷孕及生育除了是為了強化特定的性別角色之外，也將使得被迫承擔母職的少女落入從屬的社會地位。然而懷孕的少女同時擁有「未成年人」、「女性」兩種脆弱身分，也導致論者之間對於是否賦予少女生育自決權的爭議更難取得共識，其癥結點便在於未成年人行使自決權的能力原則上是被否定的，因而成年女性所享有的

[1] Shelley J. Correll et al., *Getting a Job: Is There a Motherhood Penalty?*, 112 AM. J. SOCIOL. 1297, 1297-1335 (2007); 許碧純、邱皓政（2015），〈照顧子女的代價：母職對臺灣女性薪資影響的貫時性分析〉，《臺灣社會學刊》，56 期，頁 56-99。

[2] 吳燕秋（2010），〈西法東罰，罪及婦女：墮胎入罪及其對戰後臺灣婦女的影響〉，《近代中國婦女史研究》，18 期，頁 104。

[3] JENNIFER M. DENBOW, GOVERNED THROUGH CHOICE: AUTONOMY, TECHNOLOGY, AND THE POLITICS OF REPRODUCTION 65-81 (2015).

doi:10.6342/NTU202402509

如隱私權等「權利」，在兒少身上都沒有直接適用的餘地，或至少在適用上必須「打折」[4]。從而，與配偶同意權並列的「法定代理人同意權」規定，一直以來都沒有受到太多的挑戰與論辯，而是處於屹立不搖的地位。

本研究的出發點便是希望針對文獻上關注度較低的未成年人墮胎之自決權問題進行討論，檢視未成年人接受人工流產必須經過法定代理人同意的規定是否妥適。具體而言，本文首先希望剖析現存的法定代理人同意權制度可能的概念內涵與發展背景，亦即家長與未成年子女之間的關係隨著時代變遷而逐漸被形塑為不同的樣貌後，法定代理人同意權的制度目的如何被相應地填充不同的內容？詳言之，除了傳統專制的家長權概念之外，主流意見大多採取較為「進步」的保護論述，主張法定代理人同意權是為了保護未成年人，而非貫徹古板的家長權，這其中又以「未成年人最佳利益」的強調最為普遍。然而，從立法過程看來，透過《優生保健法》有條件地開放合法人工流產一事本來就是為了解決現實問題，也就是試圖確保包含未成年少女在內的更多懷孕女性能夠尋求正當安全的管道進行墮胎，而法定代理人同意權規定似乎僅是一種為了平衡少女的墮胎需求以及社會價值觀的權宜措施[5]。因此，將未成年少女納入《優生保健法》的適用範圍而得以合法接受人工流產，或許是為了少女的身心健康著想，但法定代理人制度的設計卻不一定是為了達到保護目的，更何況實務上不少脆弱、失能家庭與相關實證研究都顯示法定代理人同意權制度可能與保護目的背道而馳。

---

[4] 例如論者認為兒少並無英美法判例與文獻中主要用來證立墮胎權的隱私權，而難以以此說明青少年的墮胎權。*See* Martin Guggenheim, *Minor Rights: The Adolescent Abortion Cases*, 30 HOFSTRA L. REV. 589, 636-639 (2002).

[5] 當時新聞報導提及原先草案僅允許有偶婦女經配偶同意後接受人工流產，導致未婚或未成年少女懷孕仍無法進行人工流產或者因拖延時日而增加危險性，便有醫師建議可以增列補救條文，經過法定代理人同意亦可允許少女墮胎。聯合報（05/25/1982），〈婚前性行為已漸趨普遍 未婚墮胎問題應謀解決〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=292&page=6&udndbid=udndata&SearchString=pNakayDDaKWlK6TptME%2BPTE5NjAwMTAxK6TptME8PTE5ODYxMjMxK7P4p089wXCmWLP4fLhnwNmk6bP4fMFwplix37P4fFVwYXBlcg%3D%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1982-05-25&news_id=103552339（最後瀏覽日：07/02/2024）。

doi:10.6342/NTU202402509

另一方面，不少既有文獻選擇從醫療法上的病患自決權出發，以此說明未成年人如何具備或不具備墮胎決定的權限。惟《優生保健法》施行時我國尚未制定《醫療法》，在《醫療法》制定之初亦無必須由法定代理人代替未成年人簽署手術同意書或同意為醫療行為的規定，顯然在立法時並非出於病患自決的考慮。並且，單純將墮胎行為化約為醫療行為可能也是忽略了墮胎行為的特殊性，除了實務見解對於違反《優生保健法》中法定代理人同意權規定的法律效果與違反醫療法上告知或同意規定的法律效果並不相同，相較於一般的醫療行為，未成年人的墮胎行為還牽涉到被視為禁忌的未成年人性活動、胎兒的生命及胎兒作為潛在的家庭成員之社會意義，其中混雜的倫理道德、宗教等社會價值都可能影響立法者的立法決定。

綜上，法定代理人同意權規定雖然並未受到太多的質疑，惟其制度目的仍然眾說紛紜，而欠缺較為全面的理解與分析，本文則試圖描繪傳統的家長權觀、近代的兒少保護與自由主義交織的論述脈絡如何共同建構或鞏固法定代理人同意權的正當性，並且更重要的是，現行法下墮胎行為既然具備可罰性，則法定代理人同意權制度的實踐即可能牽動刑罰效果，則嘗試證立法代同意權的進路是否、如何能整合於刑法自身的目的與架構之下，亦需進一步釐清。再者，許多論者雖然以自由主義為其基本立場，而以自主性的欠缺作為法定代理人同意權的制度依據，然而值得進一步探討的是未成年人是否必然是欠缺自主性之人？換言之，自主性的標準為何？以自由為名的自主性標準是否可能混雜其他與自由無關、甚至具有反自由傾向的考慮因素？只有在確認自主性的來源及標準後，才能說明在刑法上應如何判斷自主／不自主的個人，以及應該如何看待家長或法定代理人與未成年子女的關係。最後，在對現行學說與實務提出分析與批判後，本文則希望透過釐清刑法的本質與法定代理人制度在刑法上的意義，提出法制上的改革建議，以期能建立更為完善而於理有據的未成年人人工流產制度。

doi:10.6342/NTU202402509

第二節 研究範圍與限制

刑法上的墮胎罪不僅因涉及道德、宗教、社會不平等等問題而往往造成不同群體間的歧見，其也因涉及胎兒的生命權而成為具有高度爭議性的法律問題。為免失焦，本文不擬通盤地檢討墮胎罪的正當性，以及《優生保健法》第 9 條第 1 項各款得以合法進行人工流產的事由是否足以阻卻墮胎罪之違法性的問題。從而，本文研究範圍將著眼於未成年人具備該條第 1 項各款之合法人工流產事由時，同條第 2 項規定未成年人必須經法定代理人同意始可為之的條文是否合理正當？若否，制度上是否有更完善的替代方式？換言之，本文主要處理的對象是未成年人具備合法接受人工流產的事由，亦希望接受人工流產，但卻不願或無法取得法定代理人同意的情形，而對現行的法代同意權規定提出反省與建議。至於未成年人不願意墮胎，卻因家長的勸說或責備而勉強或被迫接受墮胎的情形，應該考量的是未成年人因此作成的墮胎決定是否具備自主性，以及法定代理人是否觸犯刑法第 304 條強制罪、第 291 條未得婦女同意墮胎罪等問題，惟其與法定代理人同意權規定無關，並非現行法下多數會產生問題的案例，此種危險毋寧是普遍存於一般的親子互動關係中，因此本文礙於篇幅，無法對此種案型進行說明及分析。

此外，女性主義者長期強調生育本身是造成女性群體處於弱勢地位及強化性別角色的重要因素之一，進而主張應完全委由婦女決定是否留下腹中胎兒，對懷胎婦女的墮胎決定施加過多限制可能有違反平等權或貫徹父權秩序的疑慮。此外，有些學者也批評學理上過度依賴「自主」的論述，可能造成個人的行為都被視為是其自由選擇的後果，將生育決定化約為個人自主決定，可能導致女性的生育決定成為評價的對象，作為評斷女性是否負責任、是否理智的依據，同時也可能忽略女性的生育決定可能受限於經濟等現實條件，導致女性事實上無從選擇特

doi:10.6342/NTU202402509

定的生育選項[6]。然而就限制墮胎決定可能加深性別不平等結構的問題，應該屬於墮胎全面除罪化的倡議，本文無法詳加討論，且此種觀點並未考量胎兒生命權的問題，似乎已經逸脫刑法之目的及框架，換言之，刑法是否應該以及是否有能力作為弭平權力關係的工具，實不無疑慮。更何況此種觀點可能是過度代言全體女性的經驗，過於武斷地宣稱生育事實的負面效應，而忽略部分女性反而可能是因為生育的意願遭受阻礙而受到傷害[7]。而就自主概念的批評，本文認為這或許是自由民主社會對自由的擔保與推崇所必然導致的附帶效應，然而取消掉自主權的保障並不會改善女性的處境。反之，所謂自主概念所要達成的正是賦予女性或其他受到霸權壓迫的少數個人擁有挑戰主流價值的機會[8]，以生育問題來說，生育自主權所強調的正是婦女得以依照自己的意願決定是否承擔母職，而有機會切斷女性與母親之間固有的性別角色作為反抗。綜上，女性主義者就生育問題固然提出發人深省的批判，惟其對於權力關係的洞察難以用以建立一貫的刑法規範，因此本文對於未成年人接受人工流產的法制問題並不會以女性主義觀點為中心進行批判。

第三節 研究方法與架構

本文所採取的研究方法係以我國之實證法規範作為討論重心，分析現行規範的要件及實證法的適用現況，以說明法定代理人同意權制度可能遭遇的困境。並且，為求能夠由多方觀點全面地檢視法定代理人同意權規定可能的正當性依據，本文也透過文獻上對於家長及子女的法律上權利及法律地位之演變及分析，輔以不同法領域對於法定代理人制度的規範及基本理解，梳理未成年人接受人工流產之法定代理人同意權規定可能的理論基礎，進而建構刑法與父母子女關係的關聯

[6] *See* DENBOW, *supra* note 3, at 81-86; RICKIE SOLINGER, BEGGARS AND CHOOSERS: HOW THE POLITICS OF CHOICE SHAPES ADOPTION, ABORTION, AND WELFARE IN THE UNITED STATES 37-138 (2002).

[7] DENBOW, *supra* note 3, at 75-81.

[8] *Id.* at 180-187.

doi:10.6342/NTU202402509

性。另一方面，本文也嘗試納入社會工作、心理學、精神醫學等專業領域的研究成果，以之驗證或作為支撐抽象理論的基礎。

至研究架構方面，本文先於第一章說明研究主旨及目標後，第二章將先建立與未成年人人工流產之法定代理人同意權有關的基本概念，包含透過分析不同法領域中法定代理人與未成年人的關係，初探當代社會中法定代理人之制度目的，以及說明現行人工流產法制的沿革、修法討論與實務現況，在對於未成年人人工流產之法定代理人同意權制度有充分的了解後，能夠觀察出現行條文的適用疑義與困境，以作為開啟後續檢討反思的基礎。

第三章則是分別從「家長」及「未成年人」雙方的角度出發，首先從歷史的角度觀察家長及未成年人的法律地位經歷了如何的變遷，以及其如何影響法規範的關注重心，接著分析不同學說理論如何說明法定代理人同意權何以實現對於其中一方的保護，或者如何試圖化解家長及未成年人之間的對立關係，尋求能夠調和兩者利益的進路。而本文則就這些文獻未能注意到的問題為何進行反思，以及點出這些理論與自由之基本預設背道而馳的根本問題。

第四章則就本文多次提出的自由概念之來源與基礎加以說明，並提出本文所採取的自主性概念與自我負責之抽象條件，從而說明監護扶助體制存在固然具有正當性，惟亦無法脫離自由的法概念加以理解。在建構出本文所肯認的自主概念及具體要件後，本文透過發展心理學、精神醫學等專業領域之研究，說明未成年人並非絕對、完全地欠缺自主能力，並且其欠缺自主能力的態樣也無法一概而論。基於對於未成年人自主能力的描繪，本文試圖提出充分以未成年人自主性為核心、能夠切合未成年人自主能力差異的人工流產程序，作為未來法制改革的建議。綜合以上的理論分析，除了能夠對現行條文及實務觀點提出深刻的反省外，本文也就仍在研議中的優生保健法修法草案提出分析與檢討，最後並於第五章總結本文之研究成果。

doi:10.6342/NTU202402509

doi:10.6342/NTU202402509

第二章 法定代理人同意權與墮胎法制概覽

在聚焦在人工流產法制中的法定代理人同意權之證立基礎之前，我們可以透過分析存在於不同法領域中的法定代理人制度來大致描繪出立法者對於法定代理人角色的想像，以及其與立法目的之間的關係。接著，我們也必須先對現行的人工流產制度有基礎的認識，除了了解優生保健法制定與修正的背景以及現行條文的內容之外，從相關的民刑事判決中也可以觀察出實務如何看待未成年人的人工流產行為以及法定代理人同意權規範的角色。以下本文便擬就與本文有關的兩大主題——法定代理人制度及墮胎法制進行初步的瀏覽及爬梳。

第一節 鳥瞰法定代理人制度

在現行的法體系中，除了刑法領域之外，尚有許多法規範都設有「未成年人」與「成年人」的區分，除了影響著個人在該法領域中的法律地位外，這些與未成年人相關的規範往往伴隨著「法定代理人」制度的設立。不過可以想像的是，各個法領域對成年門檻的設定、或是對於區分成年與否的法律效果乃至於法定代理人制度所欲達成的目標，可能會隨著該法領域的目的或原理原則而有所不同。以下本文將先就與法定代理人制度相關、較有代表性的法規範進行介紹，以初步考察現代社會乃至於立法者如何看待未成年人的法律地位以及法定代理人的功能。

第一項 民事法

在民法上，行為主體的年齡以及是否「成年」，主要將影響個人是否具備「行為能力」，現行法並區分為「無行為能力人」、「限制行為能力人」、「完全行為能力人」。依照通說之見，「行為能力」的制度目的，是為了確保心智尚未成熟的未成年人不會因為其思慮未周而任意為法律行為，導致逸散財產或有害

doi:10.6342/NTU202402509

於自身利益，同時，明確以客觀年齡作為標準，也使得相對人較容易得知行為主體是否具備完全之行為能力，從而保障交易安全[9]。至於作為法律主體而得以享受權利、負擔義務的「權利能力」則不分年齡，始於出生，終於死亡（民法第 6 條參照），顯示出對個人主體性的平等尊重[10]。

現行民法於民國 18 年制定施行後，關於行為能力之標準，依照民法第 12 條、第 13 條之規定，係以 7 歲、20 歲作為分水嶺。「無行為能力人」指 7 歲以下的兒童，「限制行為能力人」則是 7 歲以上、未滿 20 歲者，滿 20 歲即為「完全行為能力人」。此外，雖未滿 20 歲但依照民法已符合結婚之最低年齡並已婚者，也被視為有完全的行為能力，立法理由指出係因已婚之人得以獨立組織家庭、智識應當充足，而應認定其具備完全之行為能力。直至民國 110 年，我國民法歷經了一次重要修正——成年年齡下修至 18 歲。並且，隨著男女合法結婚之年齡亦統一為 18 歲，現行法下我國國民將於滿 18 歲時取得完全之行為能力，未滿 18 歲者亦因未達法定結婚年齡而不再可能因已婚而例外取得行為能力。

在法律效果層面，依照民法第 76 條至第 79 條之規定，無行為能力人的意思表示須完全由法定代理人代為之，而限制行為能力人的意思表示則需經過法定代理人事前的同意，否則其所為之單獨行為直接無效，契約則至少需由法定代理人事後同意始能生效[11]，且法定代理人仍有權限直接代理限制行為能力人而為法律行為。不過，考量到限制行為能力人的生活需求，民法尚例外肯認某些個案中限制行為能力人得以獨立為法律行為，例如單純獲得法律上利益的行為或者依其年齡、身分而有日常生活必須的行為等。且論者強調所謂「日常生活必需」必須隨著社會生活型態而調整，以顧及未成年人性格養成之自由發展[12]。若是法定代理

[9] 陳聰富（2023），《民法總則》，4 版，頁 76，元照。
[10] 王澤鑑（2014），《民法總則》，增訂新版，頁 130，新學林。
[11] 民法第 76 條：「無行為能力人由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示。」；民法第 78 條：「限制行為能力人未得法定代理人之允許，所為之單獨行為，無效。」；民法第 79 條：「限制行為能力人未得法定代理人之允許，所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力。」
[12] 王澤鑑，前揭註 10，頁 367。

doi:10.6342/NTU202402509

人事前允許限制行為能力人得以動用某筆財產或者允許其營業，則在該範圍內限制行為能力人亦被視為有行為能力（民法第 77 條、84 條、85 條參照）[13]。

需要特別說明的是，民法上的法律行為可以區分為「財產行為」與「身分行為」，而一般認為「身分行為」與個人人格高度相關，應盡量尊重當事人之意思，因此屬於不得代理之行為。是以，對於未成年人所為之身分行為，法定代理人無法直接代理為之，不過該身分行為仍屬需要經過法定代理人同意的法律行為，因此法定代理人仍有同意／不同意之決定權。總的來說，除了例外可以單獨作成之法律行為外，限制行為能力人無論是財產行為或身分行為，仍然直接受制於法定代理人的決定，以避免未成年人思慮不周而遭受不利益，不過若獲得法定代理人針對某種事項或某筆財產的概括允許，則在該範圍內限制行為能力人即可自由決定，除了可能較符合法定代理人之意思而得以方便限制行為能力人行動外，亦可免除交易上的不安定性。

至若涉及訴訟程序，依照民事訴訟法第 45 條之規定，僅有完全行為能力人具備訴訟能力，得獨立進行訴訟，因此未成年人行民事訴訟程序均須由法定代理人代理之。然而，若是涉及身分或人身自由之事件，依照家事事件法第 14 條第 2 項之規定，滿 7 歲之未成年人即具備程序能力，而得以獨立參與家事程序。立法理由指出此係考量滿 7 歲之未成年人通常已有得以辨識利害得失之意思能力，又因身分或涉及人身自由之事件對當事人影響重大，應賦予當事人程序能力，方能保障其程序主體權與聽審請求權。由此可見，在涉及較為私密或貼身之事項時，立法者認為可降低未成年人自行利用法院或司法程序的門檻，以保障未成年人之利益。

[13] 民法第 77 條：「限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。但純獲法律上利益，或依其年齡及身分、日常生活所必需者，不在此限。」民法第 84 條：「法定代理人允許限制行為能力人處分之財產，限制行為能力人，就該財產有處分之能力。」；民法第 85 條第 1 項：「法定代理人允許限制行為能力人獨立營業者，限制行為能力人，關於其營業，有行為能力。」

doi:10.6342/NTU202402509

至於立法者如何擇定成年標準，其具體考量缺乏詳細之討論過程或參考資料可供考察，惟可以確定的是，「成年」之概念並非始終一致。從歷史資料來看，在西元 1895 年以前，我國成年門檻主要關乎男子是否負擔納稅或服徭役的義務，並係以 16 歲為標準（「成丁」）[14]。在日本統治台灣後約 2、30 年間，亦均係以此舊慣來判斷未成年人是否具備訴訟能力或是否得自行為法律行為[15]，直至西元 1923 年日本民法（財產法部分）於台灣施行後，台灣所適用的成年年齡才正式提高為 20 歲[16]。國民政府所制定的民法典亦將成年年齡訂為 20 歲，並於國民政府來台後直接適用於台灣。具體理由僅能從制定之初的立法理由中得知，當時的立法者認為 20 歲前民智未開[17]，而無法肯認未滿 20 歲之人具備完全之行為能力。而現今隨著傳播媒體的擴散與教育體系的完善，多數意見認為未成年人相較以往已經能夠取得更多資訊，就已脫離青少年階段的 18 歲公民而言，也難以認為其尚未成熟至能夠獨立做出有效、能夠自我負責的決定，若觀察國際趨勢也可發現不少國家均完成修法，下修成年門檻至 16 到 18 歲不等。

具體而言，在我國，18 歲大約為進入大學階段的年紀，顯有獨立參與社會的需求，考慮到許多法規範也將成年門檻訂為 18 歲，為免民法規定與之產生齟齬，造成法體系內部無解的矛盾，遂有越來越多的倡議者主張應將民法取得完全行為能力之標準降為 18 歲。簡言之，支持調降成年年齡者主要是基於與其他法體系的整合、以及認為所謂成年／未成年的界分應該隨社會與生活型態變遷而有所調降，從而肯定滿 18 歲之人已有獨立為法律行為之能力與需求，許多意見更強調調降成年年齡才能夠真正訓練青少年成為成熟負責的個人，而非以青少年不夠成熟

[14] 論者指出因此處成年之概念主要是劃定是否有納稅、服徭役之義務，因此與女性較無關係。雖然大清通禮尚要求女性滿 14 歲始可成婚，似認為 14 歲以上之女性方屬成年，惟現實上並非普遍被遵守之規範，未滿 14 歲即成婚之女性所在多有。參劉晏齊（2016），〈日治時期台灣法律中的兒童／未成年人：概念的形成及其意義〉，劉恆妏、曾文亮、劉晏齊編，《台灣法律史的探究及其運用》，頁 162-164，元照。

[15] 劉晏齊，前揭註 14，頁 164-165。

[16] 劉晏齊，前揭註 14，頁 167。

[17] 立法院司法及法制委員會（2019），《「民法成年年齡門檻應否調降」公聽會報告》，頁 28。

doi:10.6342/NTU202402509

為由，以保護之名限制青少年之行為能力[18]。反之，不少持較保留意見的學者則認為滿 18 歲之人是否已經具備成熟的判斷力、理解力仍有疑問，降低成年標準不能僅被視為是給予未成年人自主權，同時可能有害於未成年人之利益，也導致父母喪失對該子女的監護權，不宜冒進。況且各法規之目標不同，似無統一成年標準之必要[19]。觀察正反意見的爭論，其衝突之處應在於我們如何定義一個人是否足夠「成熟」、如何衡量降低成年標準對於未滿 20 歲之人的利益與不利益（下修成年門檻是否對青少年而言利大於弊）、以及不同法規範之功能是否影響我們的判斷標準等問題。

而就民法上的法定代理人制度而言，未成年人的法定代理人預設為父母（民法第 1086 條第 1 項參照），此應為父母對未成年人之「親權」所包含，亦即保護教養與適當懲戒的權限（民法第 1084、1085 條參照），且父母對子女的親權在民法中通常以「權利」而非「權力」之性質被描述。惟父母被預設的的法定代理權限，在某些情況下仍有被停止之可能，原則上通說認為法定代理人之制度目的在於保護未成年人之利益，因此法定代理人之代理行為若不利於未成年人時，應認該行為無效[20]，且法定代理人對於未成年人特定法律行為的「同意／允許」亦不得有害於未成年人之利益[21]。其他限制規定尚包含代理之事項涉及父母與子女之利益衝突而有依法不得代理之情形時，法院可以選任特別代理人來代理未成年子女作出法律行為（民法第 1086 條第 2 項參照），在該事項範圍內父母並無法定代理權；又依照民法第 1090 條之規定，父母若有濫用其對子女之親權時，法院也可為未成年子女之利益而宣告停止該濫用親權者的部分或全部權利，其中當然包含法定代理權。最後，若父母離婚而無法協議親權歸屬時，法院也會依照未成年子女之最佳利益進行親權酌定（民法第 1055 條、第 1055 條之 1 參照）。簡言之，

[18] 立法院司法及法制委員會，前揭註 17，頁 19-21。

[19] 立法院司法及法制委員會，前揭註 17，頁 8-10、76-81。

[20] 陳聰富，前揭註 9，頁 293。

[21] 黃詩淳（2012），〈法定代理人同意保證契約：最高法院九十八年度台上字第一二三四號民事判決〉，《月旦裁判時報》，17 期，頁 88-90。

doi:10.6342/NTU202402509

民法上判斷父母是否喪失法定代理權的根據是以「未成年子女利益」為依歸，從這個角度而言，現代父母的親權權利尚具有不得過度侵害未成年子女利益的義務性質，法院若介入作成有關親權行使事項的裁判，也將以未成年子女之最佳利益為核心標準。惟除此之外，父母行使對於未成年人的法定代理權原則上並不受未成年子女利益的限制，而有較大的自由裁量空間。

惟「未成年子女利益」成為親權行使之重要依據實屬近年來才成為主流的論述，在民國 19 年民法訂立之初，有關家長如何行使對於未成年子女親權的規定，實難以看出立法者有以子女利益為重的意思。例如兩願離婚時，依照當時民法第 1051 條之規定，必然由丈夫取得親權，僅在夫妻判決離婚時，依照第 1055 條但書，法院始有「得」為子女之利益酌定監護人的可能性；又父母若濫用對於子女之權利，依照當時民法第 1090 條之規定，也委由最近尊親屬或親屬會議決定是否「糾正」，若糾正無效時，始得由法院介入決定是否停止其親權。直至民國 85 年修正民法第 1055 條及新增民法第 1055 條之 1 後，才正式出現以「未成年子女最佳利益」酌定親權的規定，該條也成為親屬法中最重要的條文之一。同時該次修法也於民法 1089 條第 2 項明定父母對於未成年子女重大權利之行使意思相左時，得由法院依照「未成年子女最佳利益」酌定之。可見所謂未成年子女（最佳）利益係直至約 30 年前才受到立法者重視，並非最初即作為親權行使或法院介入家長子女關係的重要指導原則。

第二項 醫事法

就醫事法上如何看待未成年人的醫療自主權，本文認為尚可以區分為形式上的醫療契約與實際的醫療行為兩個面向加以討論。首先，因為醫療行為通常涉及醫療機構與病患所訂定的醫療契約，依照民法的規定，未成年人若為無行為能力人，並無法獨立決定是否與醫療機構締約，僅得由法定代理人代理為之。限制行為能力人則可以在取得法定代理人事前同意或事後承認的前提下，與醫療機構締

doi:10.6342/NTU202402509

結有效契約。另外，若是限制行為能力人有感冒等疾病之醫療需求，也可能被認定屬於「日常生活必須」的行為，而例外允許未成年人可自行就醫，與醫療機構締結契約[22]。不過，所謂「日常生活必須」的範圍並不清楚，雖可想像限制行為能力人若有醫療需求，均應解釋為其「日常生活必須」，惟因限制行為能力人就醫尚可能涉及後述的「告知後同意」等問題，因此在不具備急迫情況時，醫療實務上似乎仍傾向於要求限制行為能力人須由法定代理人陪同就醫，或者要求家長簽具「無法陪同就醫同意書」，允許未成年人得以自行就醫或由家長委託之人陪同就醫。

就實際的醫療行為而言，焦點則在於未成年人得否對於醫療行為表達同意／不同意。申言之，傳統的醫病關係傾向仰賴醫師之專業權威，單獨決定如何進行醫療行為，為病人進行最妥善的治療，病人多無參與或置喙的餘地；惟現代醫病關係中，醫師的角色轉變為提供專業而詳細的資訊，並與病人共同商議，協助病人判斷並決定要如何進行治療，此際病人的自主性已經成為醫學倫理上的核心準則，簡言之，現代醫病關係已從「醫師本位」轉向「病人本位」[23]。據此，醫療機構或醫師實施醫療行為前，應使病患了解該醫療行為之內容、程序、功能、副作用等資訊，此即重要的「告知後同意」原則。本文在此並不擬詳加討論告知後同意在刑法學上的爭議及其要件或法律效果，本文在意者應為能夠有效表示同意的門檻為何。就此學理上則有不同觀點，例如「行為能力基準說」認為應參照行為能力之規定，若非未成年人得以單獨為之之法律行為（如日常生活所必需之行為），否則須經法定代理人允許；「責任能力基準說」認為可以刑法上之責任能力為標準，無需達到具備完全行為能力的程度；通說則採取「識別能力基準說」，認為病患只要有基礎的識別能力，能理解同意的內容、意義與效果等事項，即可認為有同意能力；另有見解採取「意思能力浮動說」，認為涉及較危險

[22] 陳永綺（等著）（2020），〈法律觀點探討基層診所青少年就醫問題〉，《臺灣醫界》，63 卷 6 期，頁 38-39。

[23] 王志嘉（2013），《病人自主的刑法效應》，頁 46-49，私立東吳大學法律學研究所博士論文。

doi:10.6342/NTU202402509

或重大的醫療行為時，對於病患意思能力的標準要求應有提高，或者採取「修正之意思能力浮動說」，認為在涉及副作用較強、效果較不確定、具備侵入性質等影響生命身體法益重大之醫療事項時，應以行為能力為基準，其餘普通醫療事項則具識別能力即為已足[24]。

承上，無論採取何種標準判斷病患是否具備同意能力，因醫療領域之同意涉及對於身體法益之處分，該同意權應具備高度專屬性，與一般法定代理制度所涉之財產事項有異，故一般均認為同意權主體為病患本人[25]，從而，依照前開標準具備同意能力之病患，原則上不得由其他親屬「代理」病患為同意。反之，不具備上開同意能力之病患，始有由法定代理人代為同意之餘地，亦有認為除非病患完全不具識別能力或者病患為未滿七歲之未成年人，否則法定代理人縱使對重大醫療事項仍僅有「補充權」而無代理權者[26]。無論如何，若法定代理人就醫療行為之同意行使代理權，仍必須遵守民法之規定，以未成年人之利益為依歸。

除了普通法外，醫療法規就特定醫療行為之「告知後同意」程序尚有更為嚴格、要式之特別規定，主要可見於醫療法第 63 條、64 條有關手術或特定侵入性治療應簽具同意書的規定。依照醫療法第 63、64 條之條文，「病人為未成年」係與「無法親自簽具同意書者」並列，醫療機構若欲對這兩種類型的病患實施手術或主管機關所規定之侵入性治療，「得由法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具同意書」。實務有認為本條依照文義可解釋為「病患本人、法定代理人、配偶等均可作為同意之主體」[27]，亦有論者認為該條所列之主體均為同意權人，只是優

---

[24] 吳志正（2008），〈誰來說明？對誰說明？誰來同意？：兼評醫療相關法規〉，《月旦法學雜誌》，162 期，頁 76-77。

[25] 吳志正，前揭註 24，頁 77。

[26] 吳志正，前揭註 24，頁 78-79。

[27] 例如臺灣高等法院 92 年度上易字第 17 號民事判決：「至於上訴人另主張病患王明亮於手術前意識清楚、肢體自主，並無不能親自簽名或其他情況緊急之情事，然被上訴人卻將該同意書交由上訴人丙○○之妻陳麗份（病患王明亮之媳婦）簽名，該同意書應不生同意之效力乙節，因醫療法第四十六條（**筆者按：現行醫療法第六十三條**）規定同意書由病人或配偶、親屬或關係人之同意即可，並未限定病人本人始可為之，故被上訴人將同意書交由病人之媳婦簽名，於法並無不合，亦不能據此即主張被上訴人未盡詳細說明手術原因、成功率、併發症及危險之義務。」

doi:10.6342/NTU202402509

先次序有所差異爾[28]。惟學說上則有不少見解認為法定代理人、配偶等人依照前開所述，無從代理具備同意能力之限制行為能力人為同意，因此除非病患為無同意能力之人，否則這兩條規定應解釋為病患本人表示同意後，可由其法定代理人、配偶等人代為簽署書面之同意書，亦有論者認為在病患無法表示同意時，家屬的同意僅能作為判斷「推測承諾」的參考材料之一[29]。換句話說，依照學說見解，醫療法第 63 條、64 條之規定僅係就較為重大之手術或特定的侵入性治療行為，要求應以書面同意書之要式方式為之，可說屬於一種「取締規定」或僅具有訴訟法上的證據功能[30]，並非要擴大可代行告知後同意之主體範圍。

其餘限制未成年人自主決定或接受醫療行為的醫療法上特別規定多以行為能力作為分野，包含《病人自主權利法》第 5 條第 2 項規定病人若為無行為能力人、限制行為能力人等情況，醫療機構或醫師應將病情、處置、用藥等相關事項告知本人「及」其法定代理人；《醫療法》第 79 條規定限制行為能力人僅在顯有益於特定人群或特殊疾病患者時始得接受人體試驗，且須經過本人「及」其法定代理人同意；《人體器官移植條例》第 8 條規定除捐贈部分肝臟予五親等內親屬之情形（滿 18 歲之人即可為之），醫院自活體摘取器官時，該捐贈者必須年滿 20 歲且具備意思能力，甚至還必須經過專業之心理、醫學、社會評估來確認其適合捐贈。另外《精神衛生法》之年齡門檻則與刑法較為類似，依照該法第 44 條之規定，精神醫療機構實施電痙攣等經主管機關公告之治療方式時，病人若為未滿 7 歲者，須經法定代理人同意；若為 7 歲以上未滿 14 歲者，須經病患本人「及」法定代理人同意；病人若滿 14 歲，則除非該病人無行為能力，否則僅需得到病患本人之同意即可。最後，一般認為《優生保健法》第 9 條亦屬於特別規定，要求未

[28] 林瑞珠（2005），〈醫療手術實施之說明義務〉，《台灣本土法學雜誌》，76 期，頁 153-154。
[29] 陳子平（2010），〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（下）〉，《月旦法學雜誌》，179 期，頁 263。
[30] 吳志正，前揭註 24，頁 82-83。

doi:10.6342/NTU202402509

成年人（過去為 20 歲、現為 18 歲）接受人工流產均須經過法定代理人同意，此時即使具備同意能力之未成年人亦無法單獨決定接受人工流產。

綜上所述，在醫療領域，除了未滿 7 歲者一概無法單獨就醫外，已滿 7 歲之限制行為能力人可能與醫療機構訂定有效之醫療契約（若認屬日常生活必須之法律行為），且若就同意能力之判斷不採取嚴格的行為能力標準，至少進入青少年時期之未成年人亦有高度可能被認定為具有同意能力而得以受領醫師之說明及行有效之告知後同意，惟一旦治療內容涉及手術、侵入性治療[31]或者特殊之醫療行為，則限制行為能力人的醫療自主權即會受到限制或剝奪，且亦可觀察出醫療領域主要是以醫療行為的嚴重性來判斷未成年人能夠取得醫療自主權的程度，這也呼應了部分學說在判斷未成年人對醫療行為之同意能力時採取「修正之意思能力浮動說」的看法，隨醫療行為之重大程度調整對於未成年人是否具有同意能力之判斷。並且，醫療領域同樣引入民法上強調未成年人利益之價值，在法定代理人需要介入未成年人之醫療決定時，即會受到未成年人最佳利益原則之拘束。

在比較法上，各國對於未成年人接受醫療處置的自主同意門檻也有越趨開放的趨勢。例如英國法上著名的「Gillick Competence/Competency」，其係衍生自西元 1986 年之 *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* 案判決，案例事實涉及醫生得否在未得家長同意的前提下，為未滿 16 歲之少女進行避孕。當時尚擁有最終審法院權能的英國上議院指出若個案中未滿 16 歲之人得以認識該醫療行為之性質、後果等，其應被認為具備做出有效醫療決定之能力，無需獲得家長之同意，不得僅因年紀即否定其欠缺有效同意之能力或權限[32]。

[31] 依照衛生署（現衛福部）於民國 99 年 9 月 24 日公布並於隔年 3 月 24 日生效之「醫療法第六十四條第一項，中央主管機關規定之侵入性檢查或治療」標準，醫療法第 64 條所規定之侵入性治療係指「以醫療器材植入、插入人體之方式，施行之檢查或治療。但不包括一般之靜脈、肌肉或皮下注射及抽血。」

[32] Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1986] AC112.

doi:10.6342/NTU202402509

又如美國多數州雖原則上規定青少年在滿 18 歲前相關的健康照護決策都必須經過父母同意，惟在諸多情形下設有排除適用之規定。除了可能排除長期獨自居住、具有一定自立生活基礎與能力者外，最常見的就是針對較為私密的醫療措施，在一定條件下允許未成年人得不通知父母而自為決定，包含與避孕、性病或愛滋病、藥物濫用、心理健康有關的照護措施，以顧及未成年人之隱私權[33]，實際上也有避免未成年人因害怕這些私密事項被父母發現而逃避就醫的現實考量。此外，部分州法也訂有「mature minor」原則，又稱「成熟未成年人原則」，亦即該未成年人雖然住在家中而非處於自立之狀態，但只要顯示出其具備認知、情緒上之成熟度，足以理解醫療措施的風險與優點，即可對於該措施自為同意[34]。針對人工流產行為，許多州也設有專門的「司法替代／豁免」程序（judicial bypass process），懷孕之未成年人得以透過在法庭上證明自己已經足夠成熟，來免除家長同意權或家長知情權之規定。若未成年人雖不成熟，但法院認定讓未成年人接受人工流產符合其最佳利益時，也可以裁定允許未成年人自行接受人工流產，程序上並追求秘密性及裁定結果之迅速作成[35]。

綜上，英美法在醫療領域允許足夠成熟之未成年人推翻欠缺同意能力的推定，在較為私密或受到污名的醫療事項中，也放寬未成年人得以自行就醫的標準，以避免未成年人因法定代理人同意權或知情權的規定而排斥就醫或因此延誤治療，保障未成年人之隱私權及身體健康權。

第三項 刑事法

在刑法領域，個人的未成年身分在作為加害人或被害人時均有其重要性，前者涉及個人是否具備責任能力之問題，而未成年人作為被害人的情況則包含特定

---

[33] 僅參 Sarah J. Lerand, *Teach the Teacher: Adolescent Confidentiality and Minor's Consent*, 20 J PEDIATR ADOLESC GYNECOL 377, 377 (2007).

[34] *Id.* at 377.

[35] Carol Sanger, *Decisional Dignity: Teenage Abortion, Bypass Hearings, and the Misuse of Law*, 18 COLUM. J. GENDER & L. 409, 426-432 (2009).

doi:10.6342/NTU202402509

犯罪以侵害未成年人之特定法益為處罰核心（如刑法第 286 條妨害幼童發育罪或刑法第 227 條與未滿 16 歲之未成年人性交罪），以及當被害人為未成年人時，將加重處罰之規定（如刑法第 222 條第 1 項第二款對未滿 14 歲之人為強制性交罪、兒童及少年福利與權益保障法第 112 條）。在刑法中，原則上法定代理人並無重要性，未成年人所為之犯罪行為與法定代理人無涉，同時未成年人作為被害人時，其所作成之法益處分行為無論是否被認為有效（是否具備處分法益之能力），亦僅影響相對人成立犯罪與否之判斷，法定代理人無從代替未成年人處分其法益，成為被害人，法定代理人在無正當理由或阻卻違法事由的前提下，也不得代為同意或放任行為人對未成年人之法益侵害行為。不過，當未成年人作為行為客體時，法定代理人卻有成為被害人的可能，這個特殊的情況即為和誘罪及略誘罪。

刑法第 240 條第 1 項與第 241 條第 1 項分別禁止「和誘」與「略誘」未成年人脫離家庭，並且依照刑法第 241 條第 3 項之規定，若和誘之對象為未滿 16 歲之人，亦以「略誘」論。過去和略誘罪係以「和誘未滿 20 歲之男女」及「略誘未滿 20 歲之男女」作為構成要件，可見和略誘罪之行為客體顯然是以民法之標準為斷。民法成年年齡下修後，刑法第 240 條及 241 條之條文文字亦修正為「和誘未成年人」及「略誘未成年人」，修法理由明確指出該修正仍是配合民法成年年齡下修之規定，以與民法規定一致。因此修法後，和略誘罪雖未明定行為客體之年齡，惟可確定應是以和略誘未滿 18 歲之人為限，且該標準係參照民法之成年年齡而得。

作為刑法上罕見考慮法定代理人（監護人）與未成年人間關係的特殊條文，從法理上而言，隨著對本罪的理解不同，也會對於本罪之「未成年人」應如何認定有不同觀點。多數學說及實務見解均主張本條之保護法益應為「家長之監督權」或是家長與未成年人間不受妨害之交往權[36]，另有部分見解認為略誘罪之保

[36] 參王皇玉（2009），〈刑法和略誘罪之修法芻議〉，《檢察新論》，6 期，頁 72-73。

doi:10.6342/NTU202402509

護法益兼及被誘人之自由法益者[37]。在這些肯認「監督權」作為本罪保護法益之論者中，就監督權究為本罪之直接目的或間接目的仍有歧見。傳統上，家長之監督權作為一種「權力」，本身就是需要被保護、排除他人干預的對象，足以單獨作為法秩序乃至於刑法所捍衛的價值或利益，未成年人則全然隱形於此種論述下。亦有論者指出，縱使考慮到當代對於親權或監督權的理解逐漸以未成年人之利益為重心，惟未成年人因監督權受保護而獲得受健全照護之利益僅為反射效果或者僅是間接受到保護，在現行法下仍無法解釋為本罪之保護法益。依此，縱使行為人之和略誘行為實際上使得未成年人客觀上取得更好的生活品質或福利保障，仍無礙於和略誘罪之成立[38]。在上述的看法之下，既然家長之保護、教養、代理等監護權限主要在民法領域有所規定，以民法上的成年標準（家長得以合法行使該等權利／權力的界線）作為成立和略誘未成年人罪之標準，實可想像。

不過，近代學說亦不乏反對「監護權」本身作為保護重心者。例如有論者認為在自由法治國的框架下，刑法之核心即為個人自由，監護體制之功能及正當性基礎僅存於作為對於不具備完全自我負責能力之人的扶助體制[39]。申言之，未成年人尚不完全具備行使自由之能力，因此勢必需要某種監護或者扶助體制來協助未成年人行使自由，從另一個角度而言，若不由他人協助未成年人開展社會生活，勢必導出未成年人必須承擔因其基礎之認識能力欠缺而遭受的不利益或過重的責任[40]，惟不代表必須全面地保護「監護權」。除此之外，近期隨著「未成年人最佳利益」成為涉及未成年人法律議題中的指導原則，亦有不少論者開始主張

---

[37] 最高法院 111 年度台上字第 2682 號刑事判決：「刑法妨害婚姻及家庭罪章第 241 條第 1 項略誘罪規定，……，其規範目的除保護被誘未成年人之自由法益外，固兼及家庭及其他監督權人之監督權……。」；最高法院 26 年度渝上字第 636 號刑事判決：「刑法第二百四十一條之略誘罪，除侵害被誘人之自由法益外，並侵害家庭或其他監護權人之法益……。」

[38] 薛智仁（2022），〈略誘未成年人罪之保護法益與構成要件：最高法院 111 年度台上字第 2682 號刑事判決〉，《台灣法律人》，18 期，頁 152-154；許澤天（2022），《刑法分則（下）：人格與公共法益篇》，4 版，頁 240。

[39] 李淙源（2017），《論和略誘未成年人罪：以刑法上之監護概念為中心》，頁 146-149，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

[40] 李淙源，前揭註 39，頁 164。

doi:10.6342/NTU202402509

刑法上之和略誘罪應揚棄以形式上的監督權作為保護法益，而著重在未成年人因受監護照顧而得以使心靈、身體健全成長之權利。亦即相較於呆板地判斷監督權人形式上的監督權限是否受干擾，應以監督權與未成年人利益之結合關係理解本罪[41]。反對以監護權為保護重心的論者，多認為過去和略誘罪之行為客體射程過廣，至少應降低至以和略誘未滿 18 歲之人為限[42]，甚至若撇除立法技術上之便利性或法律交往之安定性，以具體的認識能力作為判準或至少允許個案中以反證推翻實體法上之成年標準，可能才是最符合法理的做法[43]。

值得一提的尚有刑法第 241 條第 3 項準略誘罪之規定，該條規定「和誘未滿 16 歲之人，以略誘論」，最高法院 58 年台上字第 873 號刑事判決指出係因「未滿 16 歲之男女，年幼識淺，無行使同意之能力，故雖得其同意，仍應以略誘論」。姑且不論本條被批評根本與保護法益相解離[44]、且亦無法合理說明加重處罰的正當性，從法條文字與法院判決至少可以看出，除了和略誘罪之成立以民法上之成年門檻（過去為 20 歲）為界外，立法者或司法實務認為尚有「16 歲至成年」此一特殊區間，尚未達到此一區間內的未成年人被認為全無同意能力、或者至少被認為其較容易受誘騙[45]而有較高之保護需求，而與施用強暴脅迫等違反他人意願手段的略誘罪同視；反過來說，在此區間內之未成年人若做出同意脫離家庭之決定，將被認為是有效的同意，行為人雖無法主張完全免責，但仍可在刑法上獲得不法性較低的評價[46]。

---

41 如王皇玉，前揭註 36，頁 74。

42 王皇玉，前揭註 36，頁 74-75。

43 李淙源，前揭註 39，頁 178-182。

44 例如，若和略誘罪之保護法益實為家長之監督權，則未成年人並非法益持有人，其同意與否根本不影響是否成罪，則未成年人無同意能力的事實，自然無法直接導出行為人應該獲得較重之處罰。李淙源，前揭註 39，頁 6-7。

45 如最高法院 56 年度台上字第 1226 號刑事判決：「刑法第二百四十一條第三項之準略誘罪，其引誘他人脫離家庭之行為，厚得被誘人之和同，祇以被誘人未滿十六歲，年幼識淺，易於受愚，因以略誘罪論……」

46 學說上亦有指出，和略誘罪應被理解為處於一種規範上之包含關係，以略誘罪為基本犯罪、和誘罪為減輕構成要件。申言之，未成年人越趨接近能夠自我負責之年紀時，父母的保護教養就必須一定程度地對未成年人的自我展現需求退讓，因此在現行法下，滿 16 歲（具備同意能力）之未

doi:10.6342/NTU202402509

綜上，雖然關於和略誘罪行為客體年齡上限的爭議在民法成年年齡下修後已弭平許多，然而無可否認的是和略誘罪之存在某種程度上仍展現出獨尊家長監督權之思維。和略誘罪所宣示的意義是，只要是未成年人，除非是面臨危難等特殊情況得以適用一般的阻卻違法事由，否則全無決定得否離開家庭或脫離家長監督之餘地，若是已滿 16 歲之未成年人，其離開家庭的意願還能得到某種程度上的尊重，使行為人獲得較輕的處罰；但若是未滿 16 歲之人想要離開家庭，無論是出於何種理由都不被刑法承認其效力，至多僅能由法官在個案中斟酌未成年人之情況、行為人之動機等因素從輕量刑。不過，近年來論者則試圖從未成年人之自主性或保護未成年人利益的觀點出發，開啟了重新理解、建構本罪內涵的可能性。

第四項 小結

經過對上開法領域的初步考察後，我們可以歸納出各個法領域在看待未成年人以及其與法定代理人的關係時，有何異同或特殊之處。首先，各個法領域最大的共通之處就是大幅受到「未成年人（最佳）利益」價值的導引。在民事法領域設有許多以未成年子女利益為出發點，規範或限制父母行使親權方式之規定，若法院加以介入酌定有關未成年子女之重大事項或親權歸屬（如民法第 1089 條第 2 項、第 1055 條之 1），則會依照未成年子女之最佳利益為之；在刑事法領域，近來則有不少觀點強調和略誘罪之成立應參酌個案中未成年人是否因家長之監督權受侵害而導致其身心健全成長的利益受干擾，而非僅以家長對未成年子女之控制或監督力是否受干擾為準；在醫事法領域，家長的法定代理權則高度參照民法上的有關規定，因此對於家長是否同意子女接受醫療行為的決定，亦會受到未成年人利益判斷的影響，可能導致法院強行介入限制或剝奪家長之親權。

成年人自行同意脫離家庭時，即應對行為人論以不法程度較低的和誘罪。至於是否應以 16 歲為得以作出有效同意之標準，則屬立法論上可討論之處。參薛智仁，前揭註 38，頁 157-159。

doi:10.6342/NTU202402509

更廣泛地說，各個法領域看待未成年人的方式逐漸依循未成年人利益之觀點，其實在在體現出「保護未成年人」的中心思想。例如民事法領域中長久以來均認為未成年人在未滿 20 歲時思慮尚不周全，為免其任意參與法律交往導致逸散財產，始要求未成年人必須由法定代理人代理或擔保其財產行為，且相較於台灣社會早期以 16 歲為成年標準，20 世紀前期日本法引進台灣後，將成年年齡上調並正式定為 20 歲，顯示出立法者認為未滿 20 歲者均有受保護監督的需求；在刑事法領域則有越來越多見解強調家長的監督權並非自我目的，毋寧是作為確保子女能夠健全成長的手段。除此之外，許多兒少保護的社會福利政策規範也都會將保護範圍擴張到已滿 18 歲、未滿 20 歲之人，以求更為周全地協助遭遇困境的少年[47]。在這樣的利益衡量考慮下，規範上是否要求特定行為須經法定代理人之同意，也難免摻入許多現實考量。例如民法上允許限制行為能力人得以自行為其日常生活所必需之行為，毋寧係因為難以期待日常生活一切瑣碎的法律行為都必須一一經過法定代理人的許可，抑或考慮到日常生活所需的花費往往不高（或者說需要過高花費的項目可能就難以被認為係該未成年人日常生活所必需的行為），為了不使限制行為能力人的生活窒礙難行，故在此範圍內排除法定代理人同意之要求；又如美國法上為了避免未成年人因對父母難以啟齒而就較為私密的醫療事項拒絕就醫（如性病、藥物濫用、避孕、精神照護等），為了顧及未成年人之隱私權及滿足未成年人的醫療需求，許多州均就這些醫療事項設有降低同意門檻或在特定條件下免除家長同意的規定。要之，在觀察法定代理人制度規範時（尤其以未成年人利益為基礎之規範），其中不少法理以外的現實考量亦值得注意。

然而，這並不代表法秩序全然以未成年人之利益為介入標準，相對地，法秩序仍然給予家長不小的獨占權限及裁量空間。例如在民事法領域中，固然法院介入酌定親權事項時將以未成年子女之利益或最佳利益為據，不過法院介入的時機

[47] 例如《兒童及少年福利與權益保障法》第 110 條：「十八歲以上未滿二十歲之人，於緊急安置等保護措施，準用本法之規定。」；《兒童及少年性剝削防制條例》第 21 條第 3 項：「被害人於安置期間年滿十八歲，經評估有繼續安置之必要者，得繼續安置至期滿或年滿二十歲。」

doi:10.6342/NTU202402509

點卻並非以未成年人最佳利益為斷。詳言之，民法上所規定父母對子女之保護教養權，並非在父母一違反子女最佳利益而行使時即會受到法律上之不利益，而是在父母達到「濫用親權」的程度，法院才會依職權或子女、主管機關之請求介入限制或剝奪該名家長的親權（民法第 1090 條）。除此之外，一般行使親權時，只有在父母對於關涉未成年子女的重大事項上發生意見不合、或是因離婚等事由而需要由法院酌定親權歸屬時，才會由法院「被動」地介入，並在判決時審酌未成年子女最佳利益，否則原則上仍由家長自行決定或協議。在刑事法領域，無論論者如何強調父母之監督權限與子女健全成長利益之間的關聯性，從文義解釋、歷史解釋的觀點都無法否認和略誘罪的保護對象仍然是家長的監督權，無論該監督權的行使或侵害是否有利於子女。

值得注意的是，現代關於未成年子女的法律地位論述，逐漸有跳脫上開著重未成年人保護或鞏固家長權限的說法，而出現「自主」的觀點。在涉及如「是否同意接受醫療行為（告知後同意）」、「身分行為」、「家事程序」等較為「貼身」的事項時，法規範或學說見解原則上呈現出尊重未成年人自主意思的態度，幾乎不容許由法定代理人代理為之，且設定未成年人得以自主決定的門檻也有所調降，例如未成年人接受一般風險較低的醫療行為時，不少論者主張其是否能行告知後同意，是以「意思能力」為標準，且只要未成年人具備意思能力，縱使家長的意見與該未成年人相左，醫師仍要以未成年病患的意思為準，英美法上亦採取降低決定門檻或於個案中具體判斷未成年人對所涉醫療行為的認識判斷能力之態度；在家事程序上，則肯認滿 7 歲之未成年人即可獨立開啟或參與家事程序，使得未成年人在關乎自己身分或親屬之重大事項上，能有更高的參與權。

總的來說，國家對於家長監督權保持一定的「距離」，在過去可能是基於對於家庭的尊重放任，或者是獨尊家長權的思維，此從和略誘罪的處罰規定、民法過去少有未成年人利益的要求等即可看出。而在近代兒少保護、兒少福利的論述成為主流後，對於未成年人的保護逐漸成為立法者所追求的核心價值，在此對於

doi:10.6342/NTU202402509

家長監督權的保護除了部分延續家庭自治的思維（法不入家門？），國家不輕易介入家長與子女間的管教事務外，也或許含有認為家長是最能夠保護未成年子女者的預設，同時國家若過度介入家長行使親權的每一個行動，也可能反而導致家長難以妥善及順利地行使其保護教養權，最終有害於子女健全成長的利益，換言之，為了方便家長達成保護子女的義務，勢必需要賦予家長某種相對應的、不受干擾的權限。惟在此發展過程中，未成年人自主需求倡議的興起也開始扮演調節或引導制度改革的角色，是一個重要且值得關注的發展。

第二節　我國現行人工流產規範

在探討未成年少女墮胎的問題前，我們必須先了解現行法如何規範墮胎乃至於未成年人接受墮胎的行為。以下本文將先就我國整體墮胎法制的歷史沿革進行爬梳，以了解過去的時代背景如何看待普通婦女的墮胎行為與少女的墮胎行為並形諸於法條文字。此外，隨著各種社會運動的發展、社會價值的變遷，現代社會或立法者對於行之有年的墮胎規定是否已有不同的詮釋角度，甚或是因此產生推動墮胎法制改革的力量？最後，本文將聚焦在現行墮胎法制的規範上，以提供後續討論的基礎。

第一項　立法沿革與近期發展

我國現行刑法於民國 24 年公布施行之初即有墮胎罪之規定，該條之條文內容至今幾乎均無更動，僅有罰金數額之調整。台灣最初是以《大清律例》為執法根據，有趣的是，當時所謂的墮胎罪本質上只是作為傷害婦女的犯罪而受到處罰，而無侵害胎兒生命的意涵。至於墮胎婦女成為墮胎罪的犯罪主體，究其根源，則是起源於日治時代。當時台灣根據「六三法」、「三一法」、「法三號」等命令引進日本刑法有關墮胎罪之規定，而日本於 1907 年制定的新刑法則是參考德國刑

doi:10.6342/NTU202402509

法而來[48]。同時，中國亦在 1907 年擬定《大清新刑律》草案，在清帝國滅亡前雖未能正式實施，但後續政權大致上均沿用了此草案之內容。該草案同樣延請了日本學者，參照日本的新刑法起草之。簡言之，無論是中國或台灣，婦女自行墮胎成為可罰的犯罪行為，皆可追溯至 20 世紀初受日本法影響而來，並非自古如此，差別僅在於我國刑法本文相較於《大清新刑律》新增了合法墮胎的可能性，也就是刑法第 288 條第 3 項「因疾病或防止生命危險」之醫學事由[49]，且該項除外規定係從民國 24 年刑法公布施行之初即存在至今。

除了刑法本文的例外規定外，早在民國 43 年省議會所提出的相關民政類提案中，即可見呼籲政府修改法令、合法化墮胎行為的建議，當時的提案內容寫明係為「以保護母體健康」[50]。至於《優生保健法》雖然最初早在民國 59 年左右即由內政部研擬草案完成[51]，惟延宕至民國 74 年才由立法院三讀通過，正式上路。依照行政院衛生署（現為衛生福利部，本文以下皆稱衛福部）當時提出的說明，制定本法主要是為了提升人口素質，維護國民健康，並調節人口合理成長，而就有關婚前健康檢查、人工流產、結紮等事項為規定[52]。惟究其實際，制定該法最核心的目標，就是貫徹當時的家庭計畫。申言之，國民政府遷台時帶來許多軍民，並且為了反攻大陸亦未重視人口數量之控制，民間也多有養兒防老、多子多孫等

[48] 吳燕秋，前揭註 2，頁 69-72。

[49] 吳燕秋，前揭註 2，頁 74-81。

[50] 聯合報（08/03/1954），〈民政類提案審竣 昨通過八十二件〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=53&page=3&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTg2MTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHylwaXNs%2Fh8wXCmWLHfs%2Fh8VXBhcGVy&sharepage=20&select=0&kind=2&article_date=1954-08-03&news_id=105934805（最後瀏覽日：04/16/2024）。

[51] 聯合報（11/10/1970），〈提高人口品質增進家庭幸福 優生保健法草案擬定〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=33&page=2&udndbid=udndata&SearchString=wHWlzatPsLeqayuk6bTBPj0xOTU1MDEwMSuk6bTBPD0xOTgzMDEwMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHzBcKZYsd%2Bz%2BHxVcGFwZXI%3D&sharepage=20&select=0&kind=2&article_date=1970-11-10&news_id=105277548（最後瀏覽日：04/16/2024）。

[52] 立法院議案關係文書（1982），《院總第 1140 號 政府提案第 2171 號》，頁 2-4，https://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfcec9c6cfc7cfcfc5c6cfcbd2c6cecd（最後瀏覽日：09/13/2023）。

doi:10.6342/NTU202402509

觀念[53]。不過隨著台灣人口急速成長，人口密度亦急速攀升，政府於民國 40 年代末期接受美國的援助成立「中國農村復興聯合委員會」（農復會），除了從事農村復興工作外，並開始討論人口政策[54]，並於民國 50 年代起開始全面推行家庭計畫，最耳熟能詳的口號即為 1971 年提出的「兩個孩子恰恰好」[55]，究其理由，美國政府的影響力可說是最為重要的因素之一。為了達成美國對東亞地區之戰略佈局，美國在台灣積極推動人口控制，當時主流的看法也將人口成長與國家經濟發展相連結[56]。而因為家庭計劃的推動成效未達預期，當局便希望透過《優生保健法》將人工流產作為控制人口成長的方式之一[57]。綜上，《優生保健法》的出現使得婦女得以在原先適用範圍狹窄的刑法第 288 條第 3 項之外，有更多合法接受人工流產的空間，而其之所以成為可能，最主要就是來自於上述人口控制的需求，至於其他支持有條件開放墮胎的立場則是包含認為《優生保健法》的規定有助於保障婦女健康、達成優生目標等[58]。

不過，在以上之考量外，另一個在立法過程中時常被支持有條件開放墮胎者提及的，毋寧是現實上的需求，也就是為了應對實際上層出不窮的墮胎事件。換言之，無論從衛福部的提案說明或立法委員的討論過程來看，必須擴大婦女合法進行人工流產可能性的一個難以忽視的原因在於：事實上台灣每年就是有數以萬

---

[53] 蔡宏政（2007），〈台灣人口政策的歷史形構〉，《臺灣社會學刊》，39 期，頁 69；財團法人中國家庭計劃協會網站：https://www.fpac.org.tw/index.php/ours （最後瀏覽日：04/16/2024）；任宜蓀（1984），〈兒女少 幸福多〉，《豐年》，34 卷 17 期，頁 64。

[54] 蔡宏政（2007），前揭註 53，頁 82-83。

[55] 農業知識入口網，https://kmweb.moa.gov.tw/theme_data.php?theme=agri_story&id=27（最後瀏覽日：10/07/2023）。

[56] 學者指出，美國在韓戰後的政策是將台灣在內的東亞國家塑造為受美國所主導、但能夠以資本主義之生產方式運作的「半主權國家」，而降低生育率可以減少消費，以增加資本的累積。蔡宏政，前揭註 54，頁 82-95。

[57] 官曉薇（2009），〈反身的凝視：台灣人工流產法制及其法社會背景的分析〉，《思與言：人文與社會科學雜誌》，47 卷 4 期，頁 174。

[58] 官曉薇（2010），〈溝通行動與立法言談：台灣人工流產法制之立法及修法歷程分析〉，《中研院法學期刊》，6 期，頁 93-94。依照該文的研究，在《優生保健法》立法時，最常被支持人工流產立場者提及的理由依序為「人口控制」、「保護婦女健康」、「優生」及「人口素質」之考量、「社會需求」。其他支持理由尚包含世界趨勢／現代化、保護受害婦女、保護婦女權利。

doi:10.6342/NTU202402509

計的懷孕婦女墮胎。根據衛福部當時的統計，民國 65 年度台灣即有百分之十九之有配偶婦女曾接受人工流產[59]，立委更指出每年墮胎人次大約有三、四十萬人[60]，依照台大公衛研究所當時提出的估算報告，其中由合格醫師所進行的人工流產手術大約僅有 15 萬人[61]。雖然數據的準確性可能受到病人不願意提供相關資訊、醫師對病人資訊隱私權的尊重等因素影響，調查結果仍不容小覷。

綜合歷史學者的研究，縱使當時已有避孕技術的引入，但在全面實施家庭計畫乃至於墮胎合法化以前，婦產科醫師為許多婦女墮胎的例子仍是不勝枚舉，同時期報章雜誌上也可見到介紹「月經規則術」作為更為安全之人工流產方式的報導，婦女接受墮胎可說是「公開的秘密」，常被相關人士提及的數據大約是每三次活產、就有一次墮胎[62]，台北市的「內江街」更被稱作「墮胎街」。而因為刑法第 288 條第 3 項「因疾病或防止生命危險」的要件極為限縮，設備完善的醫療院所大多不願意為婦女施行人工流產手術，最後婦女只能選擇不合標準之醫院施行手術或尋求密醫，對於婦女的生命或身體健康均是嚴重威脅，醫學界也多有感於此而支持將人工流產有條件地合法化，以因應許多懷胎婦女的現實需求。雖然政府當時已經著重倡導節育政策及宣導各種避孕方式，不過仍然可能因避孕失敗等原因而懷孕，此時即可能產生墮胎的需求。此外，舉凡婦女因遭受性侵害（當時稱強姦或誘姦）而懷孕、或者是已有子女而需要減少家庭負擔等，均被認為是應准予其接受人工流產之正當理由，卻無法為刑法第 288 條第 3 項所涵括，當時的立法者始制定《優生保健法》第 9 條第 1 項各款事由補足之。

---

[59] 立法院議案關係文書（1982），《院總第 1140 號 政府提案第 2171 號》，頁 3，https://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfcec9c6cfc7cfcfc5c6cfcbd2c6cecd（最後瀏覽日：09/13/2023）

[60] 如時任立委方素敏、謝美惠之發言。立法院公報處（1984），《立法院公報》，73 卷 33 期，頁 26-30，立法院。

[61] 聯合報（05/22/1985），〈台大公衛研究所指出：人工流產全年四十萬人次〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=1499&page=75&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTg2MTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHylwaXNs%2Fh8wXCmWLHfs%2Fh8VXBhcGVy&sharepage=20&select=0&kind=2&article_date=1985-05-22&news_id=107621684 （最後瀏覽日：04/16/2024）。

[62] 傅大為（2005），《亞細亞的新身體：性別、醫療與近代台灣》，頁 139-140，群學。

doi:10.6342/NTU202402509

我們可以發現，在這樣的論述脈絡中，婦女的自主決定權從來就不是有條件開放墮胎的理由或目的，僅有少數立委以此作為支持制定本法的論據而已，並未獲得太多的迴響。反之，為因應墮胎氾濫的現實而制定的合法墮胎事由，終究不可避免地面臨反對墮胎合法化立委的批評，許多時任立委除了認為開放墮胎將導致性氾濫之外，更指出法律並非用以向現實妥協[63]，亦不應以墮胎來貫徹家庭計劃或人口政策，應著重在前端的性教育、節育宣導等措施[64]。而跳脫自主論述、為了因應社會現實而目的性地「使部分人工流產合法化」，也終究無法有力地回應這些批評。

爾後，婦女團體對於本法一直頗有微詞，因此衛福部於民國 89 年左右開始研擬修正草案，一直抱持反墮胎立場的宗教團體也藉此積極投入修法過程的討論中，試圖限縮合法人工流產的事由，並在校園內推廣「貞潔教育」，提倡青少年不應進行婚前性行為等觀念，此為台灣出現較為明顯而有力的反墮胎運動之起源[65]。行政院所提出之修正草案中，除了欲將《優生保健法》更名為《生育保健法》外，亦新增了少女進行人工流產時，法定代理人若無法行使同意權或有停止親權、監護權之事由時，可以由當地社政主管機關依照少女之最佳利益行使同意權的規定。當時最備受爭議的內容則是該修正草案對於所有人工流產行為附加了「諮詢」制度的限制，要求婦女在充分接收相關醫療資訊後才能接受人工流產，並且對於依照《優生保健法》第 9 條第 1 項第六款接受人工流產手術之懷孕婦女，要求其必須經過 3 日的「思考期」始能進行人工流產[66]。此次修正最後雖然因為婦女團體的強烈反對及一系列的杯葛、反制活動而不了了之，不過從立法過程的討論中，可以看出婦女團體開始傾向以婦女的「身體自主權」為主要論證，

---

[63] 如時任立委王德箴之發言。立法院公報處（1984），《立法院公報》，73 卷 33 期，頁 12，立法院。

[64] 如時任立委趙文藝之發言。立法院公報處（1984），《立法院公報》，73 卷 39 期，頁 11-12，立法院。

[65] 官曉薇，前揭註 58，頁 85-87。

[66] 立法院議案關係文書（2006），《院總第 1140 號 政府提案第 10692 號》，頁政 2，https://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfc9cfcbcfc9cfcec5cdc9ccd2cdc8cd（最後瀏覽日：10/07/2023）。

doi:10.6342/NTU202402509

以支持婦女的墮胎權；反之，反墮胎方亦以「胎兒生命權」來支撐自己的觀點，亦有認為嚴格限制墮胎的合法性、確保婦女能夠充分謹慎地做出決定，始為對於婦女權利之保障者[67]。相較於《優生保健法》初立法時大多是以國家人口政策（包含人口控制與優生考量）、社會現實需求為立論，2000 年代初的修法討論顯然高度引入了權利論述[68]，無論是支持或反對方的立場，都更加以個人權利為核心。

在《優生保健法》上路後，除了上述 2000 年代初期的修法嘗試激起了較為熱烈的討論外，本法幾次修法大多都是為了配合組織法規或其他相關法規的修正而微調本法的詞句，並無較為重要的修法。近 30 年後，衛生福利部於民國 111 年公布欲修正《優生保健法》，為了避免歧視身心障礙者之疑慮，擬將本法改稱為《生育保健法》。實質內容部分最重要的修正即為刪除配偶同意權的規定以及增訂司法機關有條件介入未成年人接受人工流產之決策過程。申言之，為了符合《消除對婦女一切形式歧視公約》第 12、16 條之規定[69]，不宜明文規定婦女接受人工流產需經配偶同意，因而將此配偶同意權條款刪除之。除了達到促進兩性實質平等之目標外，修正理由也提到「生育自主權」及「身體自主權」[70]。就未成年少女自願接受人工流產之情形，考慮到法定代理人不同意少女墮胎可能有害於該未成年人之身心健康，因此增訂該未成年人本人、最近尊親屬、兒童及少年福利機構等單位，在法定代理人拒絕同意時，可聲請法院儘速裁定免除該同意，法

[67] 官曉薇，前揭註 58，頁 98。

[68] 透過立法言談之分析觀察出此種趨勢者，官曉薇，前揭註 58，頁 99-105。

[69] 《消除對婦女一切形式歧視公約》第 12 條：「1.締約各國應採取一切適當措施以消除在保健方面對婦女的歧視，保證她們在男女平等的基礎上取得各種包括有關計劃生育的保健服務。2.儘管有本條第 1 款的規定，締約各國應保證為婦女提供有關懷孕、分娩和產後期間的適當服務，必要時予以免費，並保證在懷孕和哺乳期間得到充分營養。」第 16 條：「1.締約各國應採取一切適當措施，消除在有關婚姻和家庭關係的一切事務上對婦女的歧視，並特別應保證婦女在男女平等的基礎上：……（d）不論婚姻狀況如何，在有關子女的事務上，作為父母親有相同的權利和義務。但在任何情形下，均應以子女的利益為重；（e）有相同的權利自由負責地決定子女人數和生育間隔，並有機會使婦女獲得行使這種權利的知識、教育和方法……。」

[70] 行政院衛生福利部國民健康署（2022），《優生保健法修正草案總說明及條文對照表》。

doi:10.6342/NTU202402509

院在此過程中則可徵詢醫學、心理專家之意見，並賦予利害關係人陳述之機會。相較於過去立法者對於未成年人接受人工流產的標準與限制毫無說明，婦女團體也幾乎從未將開放少女接受人工流產的程序要求作為倡議目標，此次的修法草案可說是我國整個墮胎法制的訂立與修正過程中，第一次將未成年少女進行人工流產需經過法定代理權人同意的問題搬上檯面加以討論，也足以供我們了解立法者如何看待未成年人墮胎的問題，從而對未成年少女接受人工流產附加何種要件。

總體而言，單從行政院的草案說明即可以明顯發現，當今擴大婦女墮胎自主決定空間的理由，早已跳脫優生、人口政策、避免密醫危害婦女生命身體之現實考慮，而可說是完全側重自主、平等等基本權利。在未成年少女墮胎的案件中，則宣示應該以未成年人的利益為依歸，並試圖仰賴法院作為中立、客觀角色的功能來擔保未成年人的墮胎決定，這也與現代社會與法制對於親權之核心理解相符。惟直至本文寫作完成時，修法草案都尚未正式進入立法院審議程序，修正條文之內容仍可能經各相關單位研議後進行調整，未來修法動態如何仍在未定之天。

第二項　現行條文與實務現況

在爬梳了整個墮胎法制的立法背景與過程後，我們可以將焦點置於現行法的規定上。依照通說所見，現行刑法係以第 289 條受懷胎婦女囑託或得其同意之墮胎罪為基本構成要件[71]，再針對不同情形設立加重或減輕之規定。第 288 條第 1 項與第 2 項分別處罰婦女自行墮胎與聽從他人墮胎之行為，係考慮到該墮胎行為無論是婦女自行墮胎或同意他人為自己墮胎，最終仍是婦女自由意志之展現，不法程度較為輕微，而有較輕之刑罰規定；第 291 條則是未受婦女囑託或得婦女承諾而使其墮胎，額外侵害婦女的身體自主權而有不法之加重；第 290 條則是針對意圖營利而為懷胎婦女墮胎者之加重處罰規定；最後，刑法第 288 條第 3 項則有

[71] 許澤天，前揭註 38，頁 68-69。

doi:10.6342/NTU202402509

「因疾病或其他防止生命上危險之必要」之免刑規定。通說認為本條為個人阻卻刑罰事由之規定[72]，並且，依照本條之文義，僅有自行或聽從他人墮胎之婦女可以適用本條免除刑罰，其他人為婦女實施墮胎則無法援引之。

實務上較常用以免除醫師之墮胎刑責的條文，也是與本文最有關者，則為《優生保健法》第 9 條第 1 項各款的規定。該條規定：「懷孕婦女經診斷或證明有下列情事之一，得依其自願，施行人工流產：一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。三、有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸形發育之虞者。五、因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。六、因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者。」本條所規範者為合法墮胎之必要條件，依照學者的分類可以大致分為「優生學」（第一、二、四款）、「醫學」（第三款）、「犯罪學」（第五款）、「社會性」（第六款）四個指標[73]。就涉及優生學與醫學之四款事由，於《優生保健法施行細則》則有具體之範圍可供參考，而無論是哪一款事由，依照《優生保健法施行細則》第 14 條之規定，均須由指定得施行人工流產之醫師依規定認定之。由上觀之，我國允許合法進行人工流產的要件原則上係採取「指標型」的立法模式[74]，惟並非對於施行期間毫無限制，《優生保健法施行細則》第 15 條第 1 項即規定符合上開事由之人工流產仍須於妊娠 24 週內施行，僅排除屬於醫療行為之人工流產。換言之，在妊娠滿 24 週

[72] 許澤天，前揭註 38，頁 73。

[73] 分類參考薛智仁（2003），〈論人工流產同意權（上）〉，《台灣本土法學雜誌》，48 期，頁 145。亦有學者將第五款稱為「倫理」之墮胎，參陳愛娥（1997），〈憲法對未出生胎兒的保護：作為基本權保護義務的一例來觀察〉，《政大法學評論》，58 期，頁 66。

[74] 「指標模式」係指以特定的事由作為合法人工流產之要件；「期限模式」則是美國聯邦最高法院於 Roe v. Wade (1973)案中發展出來的判斷標準，以婦女的懷孕週數決定合法人工流產要件的寬嚴，在一定的週數內尊重婦女的墮胎意願。參許恒達（2012），〈人工流產與墮胎罪的參與關係〉，《月旦法學教室》，112 期，頁 31-32。

doi:10.6342/NTU202402509

後，孕婦僅可能因懷孕或生產有害於孕婦之健康或生命，而適用一般的緊急避難法理[75]或刑法第 288 條第 3 項來排除墮胎刑責。

除了需滿足上開事由外，依照《優生保健法》第 9 條第 2 項之規定，未婚之未成年人或受監護、輔助宣告之人，尚須經過法定代理人或輔助人之同意始可合法進行人工流產；此外，已婚婦女若是基於前條第六款「因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者」之事由欲實行人工流產，原則上需得到配偶之同意。綜上，就本文所關心的未成年少女自願接受人工流產的要件而言，若該少女未婚而具備《優生保健法》第 9 條第 1 項各款之合法墮胎事由，則醫師基於同條第 2 項之規定，必須獲得法定代理人之同意後始能為其進行人工流產。

在了解有關墮胎的形式法律規定後，尚待解決的則是要求未成年少女接受人工流產需經法定代理人同意此一規定的性質為何。亦即，在實務運作上，法定代理人同意權的法律地位為何？欠缺法定代理人同意的人工流產行為，將產生何等的法律效果？凡此均屬存在重大爭議的實務問題，也將同樣牽扯到法定代理人同意權的證立基礎問題，均須加以釐清。以下本文將先就實務如何闡述法定代理人同意權的意義加以說明。

優生保健法容許進行人工流產的事由可大致分為「優生學」、「醫學」、「犯罪學」及「社會學」四種類別。而依照優生保健法第 9 條第 2 項的規定，相較於成年婦女僅需要在適用同條第 1 項第六款「社會性」人工流產事由時才需要經過配偶同意，未成年人若要適用上開各款事由進行人工流產，都必須要經過法定代理人的同意，無一例外。且優生保健法雖然肯認特定情況下胎兒的生命可被犧牲，但這個犧牲並不絕對，這些事由不過是為懷孕婦女開啟一條出罪的可能性而已，最終的決定權仍然存在於懷孕婦女手中。而對未成年的孕婦而言，考慮到

[75] 許澤天，前揭註 38，頁 76。

doi:10.6342/NTU202402509

未成年的心智尚未成熟，這個決定權便以保護之名，轉移到了法定代理人的手裡。

就此，有關立法者為何要求未成年人需經過法定代理人同意始得接受人工流產，立法過程中並無詳細說明，僅能從當時的相關報導觀察出社會上似乎理所當然地認為少女接受墮胎必須讓父母知情[76]。相較於立法者的沈默，實務則在許多判決中都闡述了在墮胎決定上要求法定代理人同意權的目的與法理，最常被引用的如最高法院 94 年度台上字第 6463 號刑事判決指出：

> 對未婚之未成年孕婦所設之限制，考其立法旨趣，乃因其心智未臻成熟，不具完全行為能力，對於事理判斷及意思決定，難期妥適，無法符合第一項所定之『自願』要件，故須得其法定代理人之同意，以免錯誤決定，反於未成年人身心健康、家庭幸福有所影響。

更具體說明未成年人如何不夠成熟與實際上可能造成的負面影響者，則如士林地方法院 90 年度訴字第 136 號刑事判決：

> 未成年人智識薄弱，發育未臻完全，思慮有欠成熟，往往於無預期之狀況下懷有身孕，尤其容易心神不定，不欲人知，難以完整陳述其身、心狀況，確實評估其是否適於進行手術，及選擇適當之醫療環境、醫護人員以獲得安全之醫療行為，於此情形如聽令未成年人得隨意囑託他人進行墮胎，則不免危及其生命或身體之健康，衍生個人、家庭乃至社會種種問題[77]。……不僅為保障未婚之未成年懷胎婦女本身之健康，更有其公益上之目的……。

---

[76] 如有醫師評論當時的《優生保健法》草案指出「法中規定須得父母同意方可施行人工流產，至少讓家長瞭解自己孩子的狀況。」參聯合報（05/30/1982），〈民生論壇 專家學者「會診」優生保健法草案〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=1144&page=58&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTg2MTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHylwaXNs%2Fh8wXCmWLHfs%2Fh8VXBhcGVy&sharepage=20&select=0&kind=2&article_date=1982-05-30&news_id=107761021 （最後瀏覽日：04/16/2024）。

[77] 臺灣高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1748 號刑事判決同旨。

doi:10.6342/NTU202402509

依此，就法理基礎而論，實務大多認為是出於保護未成年人身心健康的目的以及補足「自願」要件，不過部分判決也指出法定代理人同意的要件亦可避免衍生更多家庭及社會問題，多少含有某種護衛家庭或減少社會紛亂的期待。

有疑問的是，這個同意權的性質或定位到底為何？實務與通說一般均認為其是阻卻違法事由的要件之一，惟實際適用上卻仍存在許多爭議問題。例如，實務基於將法定代理人同意權理解為阻卻違法事由之要件，認為未成年少女若未得法定代理人同意而墮胎，縱使具備優生保健法第 9 條第 1 項各款事由，為其實施人工流產手術或開立藥物的醫師，仍無法主張阻卻違法，將成立刑法第 289 條之受囑託墮胎罪，並且將同時該當刑法第 290 條意圖營利之加重，同時也將該當兒童及少年福利與權益保障法第 112 條之加重規定。不過，似有實務見解認為對本應成立刑法第 288 條墮胎罪的未成年少女而言，並不妨礙其阻卻違法[78]。對此，有學說認為法定代理人同意權的制度目的既在於保護未成年孕婦，則未成年孕婦只要具備優生保健法第 9 條第 1 項各款事由，即可依自己意思墮胎，未得法定代理人同意只是讓少女少了一層保護，不因此使少女背負刑責[79]。不過反對見解指出，若認為未成年孕婦墮胎無需獲得法定代理人同意，則根本無法達到保護未成年少女的目的。換言之，如果將優生保健法第 9 條理解為一種阻卻違法事由，並在未成年人接受人工流產的案例中，附加法定代理人之同意作為容許構成要件之一，則該容許構成要件未被滿足時，即無法阻卻相關罪名之違法性，無論是少女所犯的刑法第 288 條自行或聽從他人墮胎罪、或者醫生所犯第 289、290 條意圖營利而受懷胎婦女囑託或得其承諾使懷胎婦女墮胎罪均然，不應有所不同[80]。

反之，有論者認為法定代理人同意權不該被理解為阻卻違法事由之要件，少女或醫生縱使未得法定代理人之同意而實行人工流產，若符合優生保健法第 9 條第 1 項各款事由，即不應負墮胎罪之刑責，亦即法定代理人之同意權規定僅是

[78] 薛智仁（2003），〈論人工流產同意權（下）〉，《台灣本土法學雜誌》，49 期，頁 174-175。
[79] 許玉秀（1999），〈兩種競合與合法墮胎〉，《台灣本土法學雜誌》，1 期，頁 124。
[80] 薛智仁，前揭註 78，頁 175。

doi:10.6342/NTU202402509

「注意規定」而已，這也是醫師為未成年少女墮胎後，在面臨刑事追訴時常常提出的抗辯[81]。在醫師為未成年少女墮胎而因意圖營利得婦女囑託為其墮胎罪被起訴的案件中，辯護人常爭執該條僅為「注意規定」，係因不僅在優生保健法中並未直接就違反該同意權條款者設有罰則[82]，且該法所賦予婦女終止妊娠的權利更是屬於婦女自己的生命權或身體權，而不可由法定代理人取代之，從而只要少女能夠了解醫療行為的意義與風險，就應尊重少女本人的意見[83]。如果參考同條項的「配偶同意權」規定，學說上就配偶同意權相關的討論也指出，人工流產行為阻卻墮胎罪之合法要件僅涉及「胎兒於母體外不能獨立存活」、「懷胎婦女之同意」、「合法事由」，而與同意權規定無涉，配偶同意權屬一種注意規定，而不影響醫師得否阻卻違法[84]，實務上亦有指出配偶同意權條款僅是行政程序上的措施者[85]。若將此說法套用到少女墮胎的案例中，懷孕之少女及為少女墮胎的醫生

---

[81] 如臺灣高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1748 號刑事判決：「被告之選任辯護人辯護意旨略稱：『……故該等少女之終止妊娠，均合乎優生保健法第九條第一項終止妊娠之規定，而符合阻卻違法事由。二優生保健法第九條第二項所規定，應得其法定代理人或輔助宣告之人同意，應僅是對於監護權注意規定，其同意亦僅基於財產權獲身分上之同意範圍，其法益之保護，顯較優生保健為低。蓋優生保健之終止妊娠規定，乃婦女對其體內未成獨立生命，又該當法規範所賦予婦女得終止妊娠之權利，此權利乃屬生命或身體權之位階，自非法定代理人所得取代……』」

[82] 例如最高法院 99 年度台上字第 7588 號刑事判決：「上訴人吳民生上訴意旨略謂：……縱然未經甲女之法定代理人同意，但優生保健法第九條第二項所定對於未成年人施行人工流產應得法定代理人同意之意旨，無非屬於『監護權之注意規定』，該法就此違反者，尚乏罰則，當僅屬醫療法第一百零三條第一項關於違反實施手術，應向病人或其法定代理人說明原因、成功率、可能之併發症及危險，並經同意，簽具手術同意書之情形，而科以行政罰鍰之範疇，原判決卻依刑事罰論處，又未充分說明理由，自屬適用法則不當，亦嫌理由欠備……。」

[83] 例如臺灣高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1748 號刑事判決：「被告之選任辯護人辯護意旨略稱：『……優生保健法第九條第二項所規定，應得其法定代理人或輔助宣告之人同意，應僅是對於監護權注意規定，其同意亦僅基於財產權獲身分上之同意範圍，其法益之保護，顯較優生保健為低。蓋優生保健之終止妊娠規定，乃婦女對其體內未成獨立生命，又該當法規範所賦予婦女得終止妊娠之權利，此權利乃屬生命或身體權之位階，自非法定代理人所得取代。再者，即便是未成年人，若其本人完全理解墮胎醫療行為的意義、風險、效果與利弊得失時，應尊重本人的意見，而非由法定代理人代為同意……』。」

[84] 王皇玉（2008），〈墮胎罪同意問題之研究：兼評「生育保健法」草案關於人工流產相關規定〉，《月旦法學雜誌》，162 期，頁 60。

[85] 例如台南地方法院 94 年度自字第 2 號刑事判決：「……優生保健法第九條雖規定婦女因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者，得依其自願施行人工流產，但有配偶者，應得配偶之同意，然此應僅為行政程序上之措施，尚無從據此即認懷胎婦女配偶之同意權為刑法第二百八十九條第一項加工墮胎罪所保護法益之範圍內。」

doi:10.6342/NTU202402509

只要滿足上開要件，縱使未得法定代理人同意，應該仍然可以阻卻墮胎之違法性。

實務界亦有律師為文指出，既然刑法上懷胎婦女同意與否都不會影響墮胎罪之成立而僅以是否具備正當事由為準（只是在懷胎婦女同意時不法程度較輕微而已），則法定代理人的同意更不會也不應影響墮胎罪是否成立之判斷。申言之，優生保健法第 9 條第 1 項宣示了符合該條項各款事由者始得阻卻墮胎罪之違法性，至於同條第 2 項的法代同意權條款作為對未成年人的保護規定，其目標僅在於補充並健全未成年人之意思表示，若醫生違反該規定，應類比醫療法上違反「告知後同意」法則之效果，醫師負有民事上的賠償責任，同時可能被依《醫療法》相關規定處以行政罰鍰[86]。依此見解，少女若具備優生保健法第 9 條第 1 項之事由，其未得法定代理人同意而墮胎，仍不會成立自行或聽從他人墮胎罪。

不過本文認為，嚴格來說，如果將法定代理人同意權定位為「取代」懷胎婦女之同意，則因優生保健法第 9 條第 1 項仍以懷孕婦女之「自願」為要件，則除非所謂「自願」完全不要求未成年人需具備同意能力或承諾能力，否則無同意能力的未成年人，其「自願」要件的滿足，似僅能由法定代理人取代之，此時法定代理人的同意將會成為阻卻不法性的要件之一，而終究與所謂「配偶同意權」之性質有著根本差異。這或許也是為什麼多數文獻在討論法定代理人同意權的意義時，對於將本條視為注意規定的可能性毫無著墨、實務也從未採納醫師的注意義務抗辯之原因，相較於配偶同意權，學說與實務在法定代理人同意權之法律地位上採取了完全不同的態度。不過，換個角度來說，如果法定代理人的同意權是基於未成年人尚不具備完整的自主權，而需透過法定代理人加以取代或確保未成年人的墮胎決定，則未獲得法定代理人同意的人工流產行為為何不是落入刑法第

[86] 黃鈺嫕（2005），〈婦產科醫生未得未成年懷孕婦女之法定代理人同意所為之墮胎法律效果之分析〉，《全國律師》，9 卷 9 期，頁 114-115。

doi:10.6342/NTU202402509

291 條未得囑託／承諾墮胎罪？換言之，所謂法定代理人同意權的制度，是否隱隱地有外於「填補」未成年人自主性的考量？

從以上的適用疑難可以看出，通說與實務對於法定代理人同意權的理解，理論上是立基於「在具備優生保健法第 9 條第 1 項各款事由的前提下，由懷孕婦女自行衡量是否要接受人工流產；同時因為少女尚未具備足夠的決定能力，因此透過法定代理人的同意來擔保少女的同意」。而實際上，法定代理人之同意既然被視為容許構成要件之一，其即已不免取代未成年人的自主決定，更有甚者，照理來說也將使得少女背負墮胎罪刑責，不過，若排除未得法定代理人同意而墮胎的少女因為缺乏該要件而背負墮胎刑責之可能性，則似乎又是出於認為少女在這些墮胎案件中，是被（未經法定代理人同意的）人工流產行為所侵害的客體。具體來說，未經法定代理人同意的情況下，少女的同意權或自主決定被認為是沒有意義也無法產生任何效果的，醫生所為的人工流產行為因而被視為對於少女身體權的侵害[87]。

這個讓少女的身體自主決定權趨於隱形的傾向，也可以從司法程序中的其他角落看見端倪，尤其是在量刑與民事判決兩個部分。因為少女的判決並不會公開，因此筆者在司法院判決檢索系統所能查詢到的判決中，因墮胎而受有罪判決的大多為為少女施行人工流產、開立藥物的婦產科醫生。在刑事判決中，量刑時法院除了考慮被告是否為初犯、是否於犯罪後坦承不諱還是飾詞否認外，常常提及被告已與「少女」以及「少女的法定代理人」和解的事實。雖然我們無法得知這個事實具體而言是否、以及多大程度地影響法官對於刑度的心證，不過我們可

[87] 不過也有少數的判決認為，少女未得法定代理人的同意接受人工流產，其屬墮胎罪之犯罪行為人而非「因犯罪而受損害之人」，程序上無法提起刑事附帶民事訴訟，請求醫師就其因接受人工流產手術而產生的後遺症進行賠償。可參最高法院 94 年度台上字第 2199 號民事判決：「被上訴人係犯刑法第二百九十條第一項意圖營利，受懷胎婦女之囑託而使之墮胎罪。被上訴人係得乙○○之囑託而使之墮胎，對於乙○○並無犯罪行為，且刑法墮胎罪所保護之客體，為在婦女體內成長之胎兒，乙○○尚屬墮胎罪之犯罪行為人，並非因犯罪而受損害之人，不得於刑事訴訟程序提起本件附帶民事訴訟，乙○○提起本件附帶民事訴訟，與刑事訴訟法第四百八十七第一項規定不合。」

doi:10.6342/NTU202402509

以提出的疑問是，如果主動請求醫生為自己墮胎的少女，因為不被肯認其自主性，因此是身體自主權被侵害之人，進而成為和解的對象，那麼法定代理人呢？法定代理人是以少女的代理人身分進入和解的法律關係，還是法定代理人本身也可以成為和解的對象？若是後者，則我們自然要問，法定代理人需要被「和解」的東西究竟是什麼呢？

我們也可以進一步檢視與接受人工流產的未成年少女有關的民事判決，來觀察少女的身體權與父母監督權間的關係。在民事判決中婦產科醫生作為被告的案件明顯減少許多[88]，取而代之的是許多父母怒告少女性交對象的侵權損害賠償案件。於此，法院大多認為，依照現行刑法的規定，未滿 16 歲者並不被承認具有性自主權，因此與未滿 16 歲少女性交者，無論是否合意都將侵害少女的身體權、貞操權。重要的是，許多判決指出這些被告同時侵害父母之監督權、身分法益（且情節重大），因此也應對少女的父母負擔損害賠償責任。具體的理由包含過早的性行為將影響少女的身心發展，導致青少年失去純真、產生迷惘[89]，也導致父母身心煎熬，加重父母的照護負擔與管教困難[90]。在此，單純與未滿 16 歲之人性交

[88] 筆者於司法院判決檢索系統以「墮胎 or 人工流產」、「未成年」、「同意」等關鍵詞查詢相關民事判決，只有 1 個案件以婦產科醫師為被告，惟該案因法院認為未成年少女並非意圖營利使婦女墮胎罪之直接被害人，不得提起附帶民事訴訟而被駁回，因此法院即未對「未得法定代理人同意接受人工流產」與「侵害家長之監督權」一事進行實質論述。可見最高法院 94 年度台上字第 2199 號民事判決、臺灣高等法院 93 年度上易字第 722 號民事判決。

[89] 例如臺灣高等法院臺南分院 102 年上易字第 248 號刑事判決：「……民法第 1084 條第 2 項明定父母對於未成年子女，有保護及教養之權利義務，而以目前社會風俗及一般觀念，父母為使未成年子女身心得以健全成長，通常會期待並保護未成年子女嚴守貞操至少至 16 歲乃至成年為止，以免過早之性行為導致青少年在心靈上失去原本之純真或因此產生迷惘，並加重父母管教上的困難。此種保護、教養未成年子女之權利，應屬受法律保護之身分法益，如受有不法之侵害，自難謂非情節重大，且當會對父母造成精神上之痛苦……單獨照護上訴人甲，得知上訴人甲未成年即遭性交，並因此懷孕、墮胎，精神上亦受到相當打擊，尚須時刻照顧、陪伴上訴人甲，顯承受相當壓力……。」

[90] 例如臺南地方法院 108 年度第 1110 號民事判決：「原告乙女為甲女之養母，對原告甲女負有保護及教養之權利義務，希望其子女之身心健康於成長過程中均能獲得完整照料，惟被告所為已嚴重影響甲女之身心發展，原告乙女勢必付出更多心力教養甲女，重建其自信心及平撫其內心創傷，以謀求甲女身心安全及健全成長，是被告所為已足使原告乙女對甲女之保護及教養等親權之行使造成額外之負擔及困難，確屬侵害原告基於父母身分所生之身分法益，且情節重大……」；高雄地方法院 107 年度訴字第 934 號民事判決：「本件原告甲○為原告丁○之母，有戶籍謄本在卷可

doi:10.6342/NTU202402509

本身即有侵害父母監督權的性質，若未成年人因此接受人工流產，被告對未成年人的身體權乃至於父母的身分法益之侵害程度自然更高。換言之，在未成年少女與他人性交因此懷孕、墮胎的案件中，父母似乎擁有對於少女身體的監督權，不容許受到他人的任意侵犯，且這個權限具有獨立受保護的地位，因此父母能夠在侵權訴訟中作為適格的請求權人。不過，少女年滿 16 歲後，法院大多即會認為少女已有性自主權，被告與 16 歲以上的少女為性行為即無不法性，縱使因此懷胎或接受人工流產，亦無侵害父母之身分法益可言[91]。據此，雖然因為缺乏相關可查詢的判決，我們無法明確得知醫師未得法定代理人同意而為少女實行人工流產的案例中，法院是否會認為該人工流產行為同時侵害父母的監督權限，不過至少可以確定，實務認為父母對於（未滿 16 歲）少女的有關性的身體活動有獨立應受保護的監督權限，且少女因而接受人工流產的結果也更加深了對於少女身體權乃至於父母身分法益的侵害，從而可以確認父母擁有對於少女身體的知情、控制權。

最後，本文亦想特別指出，優生保健法第 9 條第 2 項的法定代理人同意權規定是以「未婚之未成年人」而非所有未成年人為規範對象。固然自 112 年 1 月 1 日民法修正施行後，我國民法上的成年年齡與結婚年齡同樣定為 18 歲，此處「未婚」一詞已成贅語（已婚者必然為年滿 18 歲之成年人），不過在此之前女性只要

查，其因原告丁○之身體健康及貞操權受侵害而需特別關懷其心理狀況，並以更多心力教養原告丁○關於兩性教育議題，以保護其日後不再受侵害，精神上自感痛苦，此為人情之常，堪認被告丙○之行為應已使原告甲○對原告丁○之保護及教養之實施造成額外之負擔，而侵害原告甲○基於母親關係之身分法益且情節重大……。」

[91] 然而，少數判決仍然認為被告雖然未侵害已滿16歲少女之性自主權或身體權、貞操權，但其造成該未成年人接受人工流產手術，仍然侵害父母對少女之身分法益。參臺灣南投地方法院 107 年度訴字第 35 號民事判決：「對於年滿 16 歲之未成年人為合意性交行為者，於民事上即非不法侵害年滿 16 歲之未成年人之身體權、貞操權或性自主決定權，而對該年滿 16 歲之未成年人不構成侵權行為。惟是否侵害未成年人之身體權、貞操權或性自主決定權，與父母之親權乃為不同之權利客體及內涵。申言之，親權乃基於父母對未成年子女間之身分關係所生之保護、教養權利，且同屬民法第 184 條第 1 項前段規定所涵蓋之範圍，其侵害之客體為父母之身分法益，與侵害之客體為該未成年子女之身體權、貞操權或性自主決定權不同，自不應為相同之認定。準此，被告與賴玥妤之合意性行為，雖對於賴○妤之身體權、貞操權或性自主決定權難認有何不法侵害之行為，惟被告上開系爭第 1 次、第 2 次行為均造成賴○妤進行人工流產手術，已侵害原告基於對於其女賴○妤之身分關係法益，且情節重大等情，業如前述，則被告對原告自應負侵權行為之責。是被告此部分所辯，尚難認可採。」

doi:10.6342/NTU202402509

滿 16 歲即可成婚，此處的規定顯示在過去，未成年人如果已經結婚，其決定是否接受人工流產的能力與權利不再受到法定代理人所拘束。雖然立法理由並未提及進入婚姻與未成年人的自主決定權有何關聯，不過或許可大膽猜測此與過去民法規定已結婚之人將取得完全行為能力，成為民法上的完全行為能力人有關。惟本文認為若對過去的民法規定進行反思，綜合優生保健法第 9 條第 2 項後段有關已婚婦女接受人工流產需得配偶同意的規定加以觀察，優生保健法第 9 條第 2 項前段以未婚之未成年人為規範對象，或許仍有父權主義之思維存在。換言之，雖然立法者認為已婚之未成年人已顯示出充足的智識而得以取得完全之行為能力，惟未成年人「經由法定代理人的同意訂立婚姻」與立法理由認為已婚之少女可認「具備充足智識」，兩者間的連結實在令人費解。依本文之見，少女在出嫁後之所以不受原生家庭所拘束，與其說是肯認進入婚姻的少女已具備自主性，毋寧只是透過配偶同意權的規定，將監督其生育決定的權限轉移到丈夫的手裡而已。

第三節　小結

綜上所述，法定代理人制度所要達成的目的，在不同的法領域之中並不相同，而有鑒於墮胎行為同時可能牽涉醫療法、刑事法、民事法領域的問題，使得優生保健法中的法定代理人同意權規定所要達成的制度目的為何更顯得晦暗不明。不過，從對於法定代理人制度本身的討論以及優生保健法的修法論爭中，我們可以觀察到關注的焦點已經從家長的權利保護轉移到了未成年人身上，並可以大致區分為對未成年人的保護，以及實現未成年人的自主等不同方向。而學理與實務上對於現行法定代理人同意權制度適用效果的歧異，也顯示此規範無論從釋義學的角度或是從法理基礎而論，都並非毫無爭議，其背後的思考仍然是不甚明確而有待釐清的，本文認為，這實與學理上對於未成年人接受人工流產之可罰規定所要保護的法益欠缺明確定位有關，也就是混雜了對於法定代理人之制度目的、以及其與未成年人權利之關係的不同理解。

doi:10.6342/NTU202402509

第三章 重新檢視法定代理人同意權之正當性

從以上對於法定代理人制度在不同法體系中的可能意義以及構築墮胎法制的相關規定整理後，可以發現法定代理人制度本身存在的目標並非始終一致或者是毫無歧異。據此，若先撇除法益理論有關法益內涵的爭議，本文認為法定代理人同意權可能的證立基礎，可以大致分為兩種取徑，分別是從「法定代理人／家長」以及「未成年人」兩種角度出發。前者即是強調家庭秩序的維護，其中包含家長的監督權，或可廣泛地稱為「家長權」。透過填充「家長權」的內涵並給予正當化基礎，這種進路嘗試順理成章地證成家長同意權，亦希冀透過家長權的行使來鞏固家庭的緊密性及功能性。後者則是以實現未成年人的利益／權利為目標，包含採取「國家父權主義」，或稱「家父長主義」的觀點，認為未成年人心智尚未成熟，容易做出過於衝動、或者對其而言並非「最好」的決定，必須由成熟的法定代理人替未成年人作決定，才能充分保護未成年人；有力的見解則傾向採取自由主義的觀點，屏除客觀第三人或社會通念對於特定事項的評價，而以健全未成年人的自主決定為中心。而現代兒少保護議題中最為核心的「未成年人最佳利益」與上開觀點的關係為何，或者得否、如何整合於這些論述之下，則是尚待釐清的問題。本文以下將先爬梳這些證立觀點的演變與內涵，加以評析後再提出本文之觀點。

第一節 家庭及家長之保護

第一項 親權概念之歷史

傳統上，家庭是社會中最基本的單位、並且存在家長作為權威者，古今中外皆然，不過家長權的實質內涵以及掌握家長權之人與其他家庭成員（尤其是女性與兒童）間的關係，則是隨著時空的推移發生了重大的轉變。

doi:10.6342/NTU202402509

首先，以西方世界而言，早期的羅馬法傳統即已存在家長權（patria potestas）的概念。其中男性（父親）作為家庭中的主宰者——「家父長」（pater familia），對於妻兒擁有至高無上、幾乎不受限制的權力／權利。子女屬於家父長的財產，而其存在的意義也正是在於其可能帶來的經濟價值。例如一個家庭中的父親可以對擅自離家的兒子提告，因為這名兒子侵害了父親獲取其勞動力、或者是獲取該名兒子透過為他人付出勞動力所取得之報酬的機會；父親也可以對於和他人私奔的女兒提起告訴，因為這名女兒同樣侵奪了父親以之換取有經濟價值婚姻的機會，父親甚至可以選擇「兜售」子女，更掌握了子女的生殺之權[92]，子女的婚姻同樣需要經過家父長的同意。依此，子女幾乎沒有自主決定的空間，其身體歸屬於家父長所有，甚至也不因其成長至一定年齡而有異。不過多數地區的傳統並不是如此毫無條件地賦予父親廣泛的控制權，而是同時要求父親負擔一定的義務。例如英美法傳統上就要求父親對子女為一定的教育，包含教導子女識字以及一些宗教事項[93]，而進一步要求父親需提供子女支持或維持其生存的義務則是可見於英格蘭地區於 1601 年制定的濟貧法案（The Poor Law of 1601，或稱 The 1601 Elizabethan Poor Law）[94]。少數地區如新英格蘭（New England）則規定認為父親應該教育子女成為品行優良、服從的公民，同時也要求父親不得過度管教，父親教育失敗或是過度管教都可能導致其喪失監護權[95]，不過整體來說，家父長擁有的義務性質相較於其權力／權利的專斷廣泛，可說是微不足道。

這個以父權為主的家長權觀，到了 19 世紀逐漸發生轉變。許多學者認為，隨著工業時代的來臨，許多父親離家工作，不再擔當起主要教育者的角色，而由母親取而代之。同時，生育率下降也使得母親能夠花費更多時間在個別的小孩身上，整體社會經濟發展以及就業型態的改變除了讓家庭與工作場所形成明顯的區

---

92 MARY ANN MASON, FROM FATHER'S PROPERTY TO CHILDREN'S RIGHTS: THE HISTORY OF CHILD CUSTODY IN THE UNITED STATES 6-7 (1994).
93 雷文玫（1999），〈以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究〉，《臺大法學論叢》，28 卷 3 期，頁 273。
94 MASON, *supra* note 92, at 7.
95 *Id.* at 10-12.

doi:10.6342/NTU202402509

隔外，也導致家庭的角色不再是以經濟需求為核心，而有更多的情感羈絆成分。這樣的社會背景，加上第一波女性主義對於男女平等的推波助瀾，導致母親在家庭中的角色逐漸重要，在爭取監護權時也更為有利[96]。

不過無論是由父親或母親作為子女的主要家長或監護權人，若觀察當時的裁判或論述，幾乎均是訴諸一種自然秩序或者是自然法則[97]，也就是父親與生俱來的權限或者母親與子女間的母性、親情羈絆。而在監護權的判定問題上，19 世紀初期雖然已有關於子女利益的論述，但整體而言，關注重點仍然是在家長而非子女身上，並且，家長對子女的控制權也並非於以兒童欠缺能力或具備依賴性為其理由[98]。直至 19 世紀末兒童保護運動興起帶動相關的立法改革，女性主義者在為女性爭取監護權時也採取以子女利益為中心的倡議策略，強調子女利益應優先於父母之利益[99]，由此「兒童利益」才開始成為家庭法制中的焦點並久盛不衰。

即使兒童利益逐漸受到重視，到了 20 世紀後，西方社會仍然承認家長權的概念，許多判決明白指出家長權係受美國憲法第十四條修正案（Fourteenth Amendment）中的正當程序（due process）所保護。例如 Santosky v. Kramer (1982) 案中，多數意見明確指出家長擁有受美國憲法第十四條修正案所保障照護監管其子女的權利，不會僅僅因為家長並非模範家長或因家長短暫地失去對子女的實質監護而消失[100]，政府若要終止該等權利，當屬對家長所擁有之基本權的侵害，需通過正當法律程序的檢驗始得為之。該判決最終認為紐約家庭法院法（The New York Family Court Law）第 622 條僅要求法院以「合理的證據優勢」（fair preponderance of evidence）標準認定兒童是否受到長期忽視（permanently neglected）而剝奪家長權係屬違憲，個案中至少必須有「明確且令人信服的證

[96] *Id.* at 50-61.
[97] *Id.* at 163.
[98] Anna C. Dailey & Laura A. Rosenbury, *The New Law of the Child*, 127 YALE L. J. 1448, 1458 (2018).
[99] MASON, *supra* note 92, at 86-90.
[100] Santosky v. Kramer, 455 U.S. 745, 752-754 (1982).

doi:10.6342/NTU202402509

據」（clear and convincing evidence）始可作為終止家長權的依據[101]。其他同樣被認為強調家長對子女的控制應受國家最小干預的判決尚包括涉及家長拒絕遵守義務教育規範的 Wisconsin v. Yoder (1972)案、Pierce v. Society of Sisters (1925)案等[102]。

不過隨著對兒童利益或兒童福利的重視、自由主義的盛行等，相較於早期羅馬法傳統預設家長（父親）擁有獨裁恣意、不受干預的家長權力，當今的家庭法制確實更加重視家長對兒少的「義務」。兒童自出生起即被視為得以擁有某些特定權利的群體，家長則是有義務實現這些權利之人。詳言之，觀察英美法的判例可以發現，法院固然仍承認家長對於子女生活事項（如：教育）具備不受國家干預的決定權，不過與其說這些權限是父母在生育兒女後自然而然取得或理所當然擁有的「權利」，不如說是國家「賦予」的某種「職權」而已。

以著名的 Meyer v. Nebraska (1923)案為例，該案例事實涉及 Nebraska 州法禁止學校以英語以外的語言授課，並禁止公私立學校的學生在八年級以前學習英文以外的外語[103]。在最高法院宣告該法違憲後，該判決被支持家長權利的保守派大加讚揚[104]，似乎成了支持家長權利的代表判決之一。不過論者指出，Meyer 及其相關案件中，法院承認的僅僅是能夠在公立學校的基本課程外教授其他科目的權利而已，更精確地來說，法院從來都沒有否定政府得以強制或規範家長提供子女教育的義務。在本案中，法院並未質疑國家何以強迫兒童就學或對公立學校的教育內容進行某些合理的限制（例如要求以英語授課），僅是要求國家不應設立標準並禁止任何額外的教學。質言之，依照判決的理由來看，若真的要說家長有何

[101] Santosky v. Kramer, 455 U.S. 745, 761-770 (1982).
[102] Clare Huntington, *Rights Myopia in Child Welfare*, 53 UCLA L. REV. 637, 643-644 (2005).
[103] Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 397 (1923).
[104] JEFFREY SHULMAN, THE CONSTITUTIONAL PARENTS: RIGHTS, RESPONSIBILITIES, AND THE ENFRANCHISEMENT OF THE CHILD 10 (2014).

doi:10.6342/NTU202402509

種教育上的權利，也僅是在其遵循國家對於教育事項的所有要求後，才得以按照自己的意願與經濟能力，為子女就適當的科目提供進一步的教育[105]。

在這樣的發展之下，現今西方社會對於家長權的承認似乎更服膺於國家或社會需求（兒童的福利或利益則被包含於國家所欲追求的重要價值中），家長權如前所述僅是實現這些價值的工具，或者至多是用以確保家長得以有效履行教育、扶養等義務而賦予的特權，在此「國家」似已成為主導家長如何掌管家庭的角色。例如學者 Christopher G. Tiedeman 就認為在早期的政治安排（political arrangement）中，家庭可算是一個獨立的政治實體，並以父親作為其中的獨裁者（autocrat），其對家庭的統領幾乎不受任何制約；惟新的政治安排則剝奪了這種權力，不再將家庭視為一個政治組織，而僅是一種家庭關係（domestic relations），原先屬於父親的至高無上的控制權，轉移給了國家，而父親僅能保留在兒童尚未成年時，考慮到兒童福利而由國家給予父親的控制權，即家長對子女的權力是建立在國家與家長的信託關係之上，並會隨著公共福祉的需求而延展或調整[106]。同樣著名的 Prince v. Massachusetts (1944)案中，多數意見在肯認先前如 Meyer v. Nerbraska (1923)等判決的前提下，明白指出家庭本身並非完全不受到公共利益的規制，判決中強調為了實現兒童福利，國家實擁有限制家長自由與權力的廣泛權限[107]。

實際上，國家為何開始扮演主導父母子女關係的重要角色，與英美法傳統上的「國家親權」（parens patriae）概念也有很大的關係。「國家親權」原則起源於中世紀英格蘭的封建制度，當時的封建制度尚可區分為以服兵役作為交換的「軍事土地保有權」（military tenure）與「農役土地保有權」（socage tenure）。「軍事土地保有權」的制度中，當佃戶死亡而其繼承人尚未成年（男性為 21 歲、女性規定則較為不明，可能為 21 歲或 14 歲），領主（the lord）將重新取得對該

[105] *Id.* at 103-104.
[106] *Id.* at 69-70.
[107] Prince v. Massachusetts 321 U.S. 158, 166-169 (1944).

doi:10.6342/NTU202402509

領土的控制權，除了可以使用收益該土地外，對於未成年之繼承人亦有控制權，例如領主得以決定該繼承人成婚的對象等。雖然領主同時負有養育該繼承人的基本義務，惟最重要的仍是領主作為監護人所取得的各種財產利益。相較之下，擁有「農役土地保有權」的佃戶死亡後，其幼兒將交給對土地不具備繼承權的親屬扶養至繼承人年滿 14 歲為止，且該親屬有義務保護該未成年繼承人的利益[108]。

自 14 世紀末葉至 15 世紀初起，衡平法院（Court of Chancery）即開始就封建制度所生的監護糾紛進行介入，不過衡平法院是從何時明確將兒童定位為需要受到保護的對象，並開始肩負起「家長」的角色進行裁判則仍存有爭議，可以確定的是最晚至 17 世紀中後期，衡平法院已多有行使親權管轄（parental jurisdiction）的判例，大法官亦有在判決中直接提及國家親權原則作為論述依據者[109]。嗣後法院更加擴張國家親權原則的適用與貫徹，例如縱使沒有進行中的訴訟，法院也能為兒童指定監護人、將兒童置於法院的監護之下，至 19 世紀末期部分案例中，法院在不涉及財產問題時仍然能夠介入相關監護事務，也逐漸不限於該兒童的父母不存在或死亡的個案[110]。同時，英國於西元 1601 年頒布的濟貧法案中，亦授權國家可以將子女帶離貧窮、不適任的父母，試圖解決治安、衛生等社會問題，這個具有公共目的的措施也被獨立後的美國加以沿用[111]。

綜上可知，在英美法歷史上，公部門之所以介入與兒童權益相關的監護事項，而採取取代或凌駕家長權利的保護性手段在私領域最初是為了解決封建制度下與財產利益高度相關的糾紛，用以維持安定的封建體制[112]，在公領域則是為了維持社會秩序與善良風俗[113]，即係以公共需求為導向。總體而言雖然開始出現關

[108] John Seymour, *Parens Patriae and Wardship Powers: Their Nature and Origins*, 14 OXFORD J. LEGAL STUD. 159, 162-164 (1994).
[109] *Id.* at 167-173.
[110] *Id.* at 174-177.
[111] 雷文玫，前揭註 93，頁 279。
[112] Douglas R. Rendleman, *Parens Patriae: From Chancery to the Juvenile Court*, 23 S. C. L. REV. 205, 209 (1971).
[113] 雷文玫，前揭註 93，頁 277-279。

doi:10.6342/NTU202402509

照兒童的傾向，卻也難以認為係以兒童利益為重，惟仍然奠定了往後國家得以廣泛介入、監督父母子女關係的基礎。

值得注意的是，無論如何朝向家長義務的方向理解家長子女間的關係，多數論者仍然認為家長與子女間天生的情感連結將使得家長妥適地履行對子女的義務，國家或法制通常並不需要強行介入，法律的制定則是用來確保少數家長未能確實履行義務時，國家得以介入處理[114]。

至於東方世界，以中國為例，從最早的儒家文化就強調家庭本位的觀點，除了將家庭視為最主要的社會單位外，也是以男性作為家長（「子以父為天」）來開展與維持家庭關係[115]，並強調長幼尊卑秩序的重要性。在傳統中國的家庭觀念下，子女無論是否成年都需服從父親的指示、安排[116]，並無人格上的獨立性[117]。中國歷史上，法律雖然對於父母出售或出典子女有一定限制，不過在習慣上仍屢見不鮮[118]。同樣地基於對家長懲戒權之認可，在特定情況下父母傷害、殺害或過失導致子女死亡亦無需負擔刑責，縱使受到刑罰制裁也可能較常人的處罰為輕[119]。整體而言中國傳統以家族主義為基礎，重視家庭內的尊卑秩序與倫常關係，對於家長的管教權少有干涉。

此外，中國乃至於台灣，傳統上均以農業社會為主，兒童通常從小就開始幫忙家務（如農事），屬於家庭勞動力的主要來源，也就當然成為每個家庭重要的經濟資產[120]，這部分與早期西方社會的發展有相似之處。學者指出在傳統觀念

---

114 SHULMAN, *supra* note 104, at 30.

115 戴東雄（1972），〈論中國固有法上家長權與尊長權的關係（上）〉，《臺大法學論叢》，2卷1期，頁1。

116 必須說明的是，傳統中國社會中的最尊長者並不一定是父親，也可能是祖父、兄長、祖母等角色，性別與輩份均可能影響尊長的認定。參戴東雄，前揭註 115，頁 4-8。不過本文此處主要係欲強調家長與子女間的關係，因此敘述上仍以父親為主。

117 戴東雄，前揭註 115，頁 7。

118 戴東雄（1973），〈論中國固有法上家長權與尊長權的關係（下）〉，《臺大法學論叢》，2卷2期，頁 280-281。

119 戴東雄，前揭註 118，頁 279-280。

120 劉晏齊，前揭註 14，頁 164。

doi:10.6342/NTU202402509

中，子女作為家庭的財產，其自身的利益被期待必須服膺於家庭的利益之下，為了家庭的圓滿必須做出讓步與犧牲[121]。到了近代，我們仍然可以從懲戒權等規定中窺見家長權的影子，不過，其實質內涵與權威已經削弱許多。例如從民初時期的民律草案以及司法實踐開始，便可以發現立法者與適用法律者開始強調子女利益的維護，諸如父母可能因為對子女財產的管理不當而被剝奪管理權、或者在婚姻問題上推翻過去由家長握有決定權的傳統，認為家長權威固須尊重，惟亦應顧及子女之意志的相關判決[122]，均為適例，這個趨勢也延續到現代的法律制度中，各領域之法規範大幅參考「未成年人最佳利益」概念即為適例，惟無法否認的是家長權在制度設計上仍存在高度之重要性，不但可能作為刑事法的保護對象，民事法也明確承認對於家長監督權的侵害可以構成損害賠償的事由（民法第 195 條第 3 項可資參照）[123]。

綜上所述，親權的概念發展至今雖然主要呈現以實現未成年人利益之義務為主軸的圖像，惟各國仍然承認家長權的保護有其重要性，而試圖在對於親子雙方的保護中取得相當的平衡。而我們也可以觀察到國家從早期不介入家庭而交由家

121 官曉薇，前揭註 57，頁 157。

122 梁弘孟（2015），〈論親權及監護對未成年人財產之作用：以大理院所建構之子女財產管理法制為例〉，《成大法學》，29 期，頁 87。

123 如臺灣高等法院 95 年度重上國字第 2 號民事判決：「本件乙○○因永和國小所屬公務員之疏失致其右眼遭鐵絲刺傷，萬國視力降至 0.01 以下，與失明無異；甲○○、丁○○為乙○○父母，自乙○○受傷開始，終日擔憂其視力惡化，經過 1 年多之治療，仍無法治癒，已心力交瘁；更擔心乙○○左眼視力亦因此受影響，並為乙○○之學業、事業、婚姻、家庭煩心，其等心理上所受衝擊、壓力之大，非常人所能想像，應無可置疑。按甲○○、丁○○對未成年子女乙○○有保護及教養之權利，而乙○○右眼傷後，其父母不僅較平時付出更多之心力，更支出較高之保護教養費用，不論從精神或物質而言，均已對保護及教養之實施造成額外之負擔或支出，自屬侵害其身分法益無誤；又眼睛係重要器官，號稱為靈魂之窗，毀損一目之機能，造成身體重大殘缺，身為父母者所受之痛苦誠難以言喻，堪認甲○○及丁○○與子女乙○○間之身分法益受侵害情節重大，則依上開規定，其等請求相當之精神慰撫金，即屬有據。」；臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 260 號民事判決：「又父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務，民法第 1084 條第 2 項規定甚明，此為父母對未成年子女因親子關係所生之身分法益，稱之為『親權』或『監護權』，是和誘未成年子女脫離父母監督範圍，自屬侵害父母對未成年子女之身分法益。」

doi:10.6342/NTU202402509

父長掌管的模式，透過設立多樣的規範以約束家長教養子女之方式，逐漸轉為積極形塑家庭內角色安排、權力配置等事項的角色。

第二項 特定家庭秩序之維護

在對親權概念的歷史演變有初步的理解後，首先可以加以討論的觀點是，在父母子女關係中，家長之所以能取得對子女生活事項的決定權而不受到國家的干涉，是否可能與社會上對於家庭秩序的想像有關。具體言之，傳統父權社會將管領家庭的權力交由丈夫或父親來行使，家庭內的尊長得以安排子女的一切事務，包含成婚對象等，子女也負有順從、不得忤逆尊長的義務[124]。由此可知，早期家庭內明顯呈現長幼／男女兩個維度的尊卑秩序，而當國家對此採取「法不入家門」的態度，論者即指出此觀念是以鞏固父權至上的家庭秩序為前提，且國家的干預與否亦取決於此倫常秩序是否被維持[125]。

縱使在當代自由民主社會中，上述以家父長為尊的家庭秩序已經受到廣泛的挑戰，削弱了家父長的權威性，惟家庭仍有其固有的圖像與價值受到關注與保護。家庭長期作為社會上的基本單位，在人類的社會生活中佔據高度重要性，其本身即有值得保全的價值。詳言之，「家庭」具備親密性的本質，家庭成員對彼此顯露出特殊而長期的情感（affection）與關照，能夠對彼此表達情感、展現較為私密或脆弱的一面，這個特性使得家庭能夠為其成員帶來親情、自我認同等利益、確保彼此擁有充分的物質資源、滿足彼此的照護或特殊需求，同時家庭也可以作為維繫與傳承各種文化或價值的單位[126]。又一般認為家庭活動只有在不受到外部權力或其他社群成員重大的侵擾或管控下，才能最大程度地發揮上述對於社

[124] 李立如（2003），〈法不入家門？家事法演變的法律社會學分析〉，《中原財經法學》，10期，頁 44-46。

[125] 李立如，前揭註 124，頁 47。

[126] Colin M. Macleod, *Liberal Equality and the Affective Family*, *in* THE MORAL AND POLITICAL STATUS OF CHILDREN 212, 215-216 (David Archard & Colin M. Macleod eds., 2002).

doi:10.6342/NTU202402509

會或個別家庭成員的價值，因此家庭成員間的互動屬於需要受到特別保護的領域，任意的介入或監控都將危及作為家庭核心的親密關係[127]。

從理論面來看，自由主義的崛起同樣支持家庭的親密性與特殊性。傳統自由主義論者重視公領域與私領域的劃分，均主張對家庭採取自由放任（laissez-faire）的態度[128]。例如早期的 John Locke 就主張家庭是以自然建立的關係為基礎，先於政體（polity）而存在[129]，在此私領域內兒童的從屬性格並不具備政治性（non-political）[130]。Locke認為家庭關係具有非對抗性（non-antagonistic）的內在本質[131]，相較於自然狀態下陌生人間往往為了爭奪資源而產生致命衝突，家庭內的關係顯然是較為和平的，因此無論在自然狀態下或公民社會（civil society）中，都可以任由個人建立或管理彼此的關係[132]。更具體地來說，在父母子女關係的問題上，Locke 認為有一種強力的、本能性的羈絆會將家長與子女相連，促使家長傾全力照料小孩，同時這個本能也成為一種自然法則（the law of nature），要求家長扶養自己生育的後代，人則可以透過理性（reason）獲知這個自然法原則[133]。而一般而言，多數人都能夠理解並遵循自然法，使得自然狀態下社會乃至於家庭關係通常得以處於較為和平的狀態[134]。依此，Locke 並沒有提出任何能夠確保家長合理行使其對子女權力的機制，而是相信家長與生俱來的情感所衍生出的自制力，足以使得兒童免於受到攻擊或虐待[135]。近代自由主義論者如 John Rawls 也傾向認為家庭的存在是自然的事實[136]，雖然 Rawls 同時表明家庭某種程

---

[127] *Id.* at 214.
[128] Vikki Bell, *Governing Childhood: Neo-Liberalism and the Law*, 22 ECON. SOC. 390, 394 (1993).
[129] SAMANTHA ASHENDEN, GOVERNING CHILD SEXUAL ABUSE: NEGOTIATING THE BOUNDARIES OF PUBLIC AND PRIVATE, LAW AND SCIENCE 39-48 (2004).
[130] Bell, *supra* note 128, at 394.
[131] DANIELA GOBETTI, PRIVATE & PUBLIC: INDIVIDUALS, HOUSEHOLDS & BODY POLITIC IN LOCKE & HUTCHESON, 82 (1992).
[132] *Id.* at 88-89.
[133] *Id.* at 76-77.
[134] *Id.* at 97.
[135] *Id.* at 78-79.
[136] Veronique Munoz-Darde, *Rawls, Justice in the Family and Justice of the Family*, 48 PHILOS. Q. 335, 339 (1998).

doi:10.6342/NTU202402509

度上也是政治決定的結果或產物，不過其最終仍認為社會有時仍然需要仰賴家庭成員的自然情感與善意來引導其行動，難以直接套用正義原則（the principles of justice），政治領域的正義原則僅能作為家庭法中的某些限制或規制的大原則（如禁止虐待兒童）而已[137]，即公／私領域仍然適用不同的運作規則。

在自由主義的觀點下，家庭作為自然化的私密場域，與公共政治領域有別。在家庭中透過家長對兒童的主權，能夠達到培育兒童未來成為自主個人的關鍵目標，從而，家庭的隱私性除了是被預設的前提之外，也是論者樂見的結果[138]。近代新自由主義（neo-liberalism）的論者批評福利主義的發展過於嚴密地監控家庭，也可觀察到論者再次強調家庭自主的重要性[139]。簡言之，國家對於家庭內部事務的規制，除了有侵害個人自由的疑慮，同時也可能導致家庭正常運作受到干擾、家庭的理想價值受到破壞的實際後果。這也體現在家庭的隱私成為論者支持家長權的論據之一，亦即國家對家庭事務的任意干預均屬對於家庭隱私的侵害。

上述關於家庭的理想圖像，也可見於我國大法官解釋的論理中。早期較具有代表性的釋字第 554 號點出「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎」後，進一步指出婚姻關係以人格自由為基礎，除了夫妻間可以提供彼此物質上、精神上之支持外，也有維護人倫秩序等社會性功能；釋字 712 號同樣提及家庭制度所具備的繁衍、教育、經濟等社會支持功能；釋字 748 號解釋則闡明婚姻制度之本質為雙方成立親密排他之永久結合關係，不因性傾向而有異，而同性婚姻受法律上承認後，更可與異性婚姻「共同成為穩定社會之磐石」，大法官據此作成應肯認同性伴侶亦可成立法律上之配偶關係的結論。憲法法庭上路後，大法官針對請求裁判離婚之限制所作成的 112 年憲判字第 4 號重申婚姻關係的核心在於夫妻雙方互相扶持，最終認為若完全不允許有責配偶請求裁判離婚，「形同強迫其繼續面對已出現重大破綻難以維持之漸行漸遠或已處於水火之中之形骸化婚姻關係」。雖然

137 ASHENDEN, *supra* note 129, at 48-49.
138 *Id.* at 49.
139 Bell, *supra* note 128, at 395.

doi:10.6342/NTU202402509

大法官對於家庭制度的理解往往與婚姻關係密不可分，而有過於狹隘、未能正面肯認「家庭權」、「家庭自由」的疑慮[140]，惟可以確定大法官不斷強調家庭具備經濟支持、親密關係之精神扶持等功能，對於形塑我國家庭關係形貌亦有深遠影響。

上開對於家庭固有秩序的想像由來已久，惟訴諸這種自然秩序來證立家長的同意權限，仍存在許多盲點。首先，這種宣稱可能忽略國家權力對於家庭圖像的形塑作用。例如女性主義者對於主流見解以公／私領域為由決定法律干預／不干預的看法早已多有批評。如前所述，許多論者認為國家選擇性地將特定家庭事務劃歸為私領域事項，不加以規制，實際上就是放任並鞏固家內既有的父權關係[141]，使得權力關係中的既得利益者可以持續享有優勢，可以說是透過「不介入來介入」[142]。顯而易見的是，法律並不是完全不對家務事進行規制。民法中關於父母子女間的權利義務關係，上至家庭關係的成立與消滅、廣泛的扶養義務或保護教養權利，下至細瑣的居所、配偶雙方與子女的姓氏應如何決定，均有條文明確加以規定。換言之，所謂公領域與私領域的劃分只是個幌子，更重要的毋寧是法律就哪些特定家庭事務進行管制？為何選擇這些事項加以管制？如何管制？法律又是如何透過公事／家務事的描述來管理及介入、主導家庭的走向？其管制與不管制的結果是否合理正當？

以本文所關注的未成年人墮胎問題為例，法律明確要求未成年少女接受人工流產必須告知並取得父母的同意，能夠確保少女向父母揭露自己的墮胎決定，甚至交由父母擔任最終的決策者，取得許可或否決少女墮胎的權力，可以想像是為了避免如此重大的決定成為父母與女兒間的秘密，有悖於家庭中子女受父母掌控（包含對子女生活資訊的掌控與人身的掌控）的傳統。更有甚者，少女若選擇生

[140] 李立如（2019），〈憲法解釋中的家庭圖像與其規範地位〉，《臺大法學論叢》，48 卷 3 期，頁 1007-1009。

[141] ASHENDEN, *supra* note 129, at 55-56.

[142] 陳昭如（2013），〈還是不平等：婦運修法改造父權家庭的困境與未竟之業〉，《女學學誌：婦女與性別研究》，33 期，頁 124。

doi:10.6342/NTU202402509

育，實務認為少女雖可對其幼年子女單獨行使如身上照護權等親權權利，惟因未成年人並不具備完全的行為能力，若涉及財產上的權利義務或對於子女的身分同意權等，還是要經過少女的法定代理人同意[143]。且依照現行法律的規定，少女若想要出養該嬰幼兒，除非少女在成年後才進行出養程序，否則也仍然需要經過家長的同意始得為之，結果上顯然十分重視家長對家庭的掌控與安排。

在理想的家庭形貌中，子女的不服從或者對家長權的剝奪，都將傷害家庭的和諧性與幸福，影響傳統家庭的社會功能[144]。此時可以發現法律顯然對於家庭不再採取放任或尊重家庭自主的態度，並不認為少女拒絕揭露的事實屬於家庭隱私而應該交由家庭自行解決，反而是積極介入，以此確保少女仍在父母的掌控之下。正所謂「天下無不是的父母」，父母與子女間的情感連結，也讓我們相信父母對子女事務的安排權限得以維持家庭運作的穩定性，並不至於產生過多弊端。要之，雖然主流意見認為國家與家庭處於某種緊張關係，國家需要給予家庭制度性保護且不可任意介入家庭事務，惟事實上國家仍時常拋棄「局外人」的角色，以貫徹某種家庭秩序或權力關係，可見家庭並非必然應該具備父權、臣屬等特徵，而是國家選擇鞏固並為這種形態的家庭背書。由此觀之，這種訴諸自然秩序的看法顯然無法根本地回應為何家庭必須存在這些特質、或以這種形態存在，甚至不惜透過刑法加以保護。

此外，固著的理想家庭圖像也可能使得弱勢家庭甚至是個別家庭成員的需求受到忽略。申言之，縱使不質疑權力關係如何潛移默化地繪製出理想家庭的藍圖，但在現實層面，許多家庭顯然與這幅圖像大相徑庭。然而，對於家庭理想狀

[143] 法務部 98 年 8 月 10 日法律字第 0980027457 號函：「次按民法第 1089 條之規定並未限制為親權人之行為能力，是未成年之父母，不問其已否結婚，均有為親權人之能力，未成年父或母對於未成年子女親權之行使，如僅涉關於子女身分上權利義務之身上照護權，自得單獨行使，如屬關於子女財產上之權利義務之財產照護權及身分上權利義務之身分同意權，因影響所育子女之權義，仍應得其法定代理人同意。」

[144] Ellen M. McNamara, *The Minor's Right to Abortion and the Requirement of Parental Consent*, 60 VA. L. REV. 305, 329-330 (1974).

doi:10.6342/NTU202402509

態的形塑與倡議，除了產生排擠這些非理想家庭的效果外，並無法提供我們如何看待並解決這些家庭困境的指引。事實上，無論是家庭成員個別的不利處境、家庭成員互動的淡薄與衝突，或整個家庭支持系統的崩潰均可能使得家庭喪失預期功能。諸如在家庭互動上，許多家庭可能存在親子關係疏離、父母與子女分居或不知去向等問題，甚至存在家庭暴力行為；物質上，不少家庭也因經濟狀況不佳、照顧者或被照顧者發生重大變故或有特殊扶助需求，導致無法提供其餘家庭成員足夠的物質條件支持[145]，凡此種種因素皆可能導致家庭不再是個人的「避風港」，無法發揮對於個別成員的支持功能，遑論作為穩定社會的基石。對這些脆弱家庭及身在其中的個人而言，無論是強調家庭關係的親密性、試圖訴諸父母對子女的自然情感羈絆而對家庭採取不干預的態度；或是積極介入、要求子女服從父母並揭露自己的重大隱私，期待此種權力關係可以維繫家庭穩定、協助子女健全成長、發揮家庭對個人的支持功能，都是無稽之談。

反之，如果共同體所欲的不是家庭本身，而是家庭所能帶來的正向影響，則更為有效的方式毋寧是正視並回應存在於不完美家庭中的種種問題與需求，甚至是從功能性的角度重新思考家庭的定義。就後者而言，如我國大法官解釋亦已從婚姻關係的親密關係本質為出發點，破除異性戀婚姻之傳統；在親子關係上，美國家庭法已出現不少試圖將原先法律上「家長」概念加以擴張的倡議，諸如提出「心理上的父母」（psychological parents）、「事實上父母」（de facto parents）等概念，賦予真正擔負照護責任者類同於父母的權利義務，這種功能性的轉向可能更能反映當代家庭的現實狀況[146]，而不再執著於預設原生家庭的親密性或親生父母作為未成年人之監護人的功能最適性。無論如何，家庭的親密性固然存在提

[145] 可參考衛生福利部所公佈的「脆弱家庭」指標，https://topics.mohw.gov.tw/SS/cp-4531-50117-204.html（最後瀏覽日：04/16/2024）。

[146] Maya Manian, *Functional Parenting and Dysfunctional Abortion Policy: Reforming Parental Involvement Legislation*, 50 FAM. COURT REV. 241, 246-248 (2012).

doi:10.6342/NTU202402509

升個人生活幸福感的正向價值，但當家庭不存在親密性的條件時，同意權的規定無從促進親密性本身，亦無從實現家庭的親密性所能帶來的具體利益。

最後，單一、客觀家庭秩序的強調實際上是否定了家庭中個別成員作為主體的自主需求。依照 David A. J. Richards 的說法，其將這種預設「家庭是所有成熟之人的願景」的觀點稱為「形而上的家庭主義」（Metaphysical Familism），批評這種看法無視於工業化後現代家庭型態的改變，並且錯誤地預設家庭是所有人美好生活的必要部分[147]。這種宣稱忽略許多人對於家庭生活沒有追求、或者是不將之作為理想生活的重要組成部分，形同是違反了個人自主的基本理念，並排擠了不以此作為追求目標者[148]。

不過，本文認為更為根本的問題在於，這種看法實係將個人的自主性解消在家庭當中——將關注焦點置於家庭的自主性或親密性，而將家庭秩序的維繫置於個人自主的要求之上。誠然在當代社會中難以否認的是，個人自出生起即會與他人建立法律上的親屬關係，並且多數人會因此進入家庭生活並在其中長大成人。在社會將家庭視為最原初單位的預設以及個人對於家庭生活的投入下，自然會共同參與、形成某種家庭的理想圖像，進而為多數人所接受，並且為多數人所追求，最終促使多數家庭得以成為「合格」的家庭，這些家庭因此所帶來的認同與歸屬感、安全而穩定的生活也得以成為個人發展人格自由的基礎。從限制國家權力的角度而言，在家庭正常運作的情況下，國家過多的干預也令人忌憚。不過，若因此將保護對象從個人的自主性挪移到某種實然的特定家庭價值之上，就可能使得個人以自由為基礎的基本權利淪為反射利益而有受到壓抑的風險[149]，更何況

---

147 David A. J. Richards, *The Individual, the Family, and the Constitution: A Jurisprudential Perspective*, 55 N.Y.U. L. REV. 1, 37-38 (1980).

148 *Id.* at 38-39. 需要特別說明的是，該文作者在文中討論的是美國聯邦最高法院關於「隱私權」的保護範圍，從而指出法院受到「形而上的家庭主義」影響，將隱私權的保護與親生父母或家庭相連結，拒絕賦予處在婚姻或異性戀關係外的人同等的保護。

149 李淙源，前揭註 39，頁 121-125。文中以德國基本法及相關憲法法院的判決為討論對象，認為自由思想的發展固有其歷史與文化脈絡，但不代表自由的發展必須固著於該歷史或文化脈絡之上，並指出將基本權賦予特定客觀形象，甚至連結到特定的歷史、文化脈絡，都可能有「反自由」的

doi:10.6342/NTU202402509

承認個人得以對其他家庭成員主張權利，一方面係作為家庭功能失靈時的救濟方式，另一方面個人主張自己的基本權與家庭關係的維繫或破壞並不必然存在因果關係，並不能斷言權利的論述因其內含的對抗性（抵禦他人侵害）而必定將有害於親密關係的維持。

過去各國法律對於家庭暴力未置一詞、採取消極管制的態度已可作為前車之鑒，凸顯國家以保護家庭自主為名、或是放任家庭內的父權結構繼續維持，實際上就是無視於受暴者作為法主體得以主張的身體權等基本權利。若當代自由社會在意的是個人作為法主體的自主性，則家庭可以被視為是個人開展自由的條件或背景之一，在不質疑其正向價值的前提下，也可以透過社會福利系統加以支持、提供協助，但無論如何不應本末倒置地成為刑法的保護對象，反而壓抑了個人自由的行使。

第三項 家長的固有利益

承上所述，不同於柏拉圖在《理想國》中對衛士階級育兒模式的構想，即兒童出生後即屬於整個共同體、而不由特定的男性或女性擔負養育責任的虛構情境[150]，在大多數的社會中嬰兒一出生即自動因其血緣關聯而成為家庭中的一份子，與他人建立法律上的親屬關係。家庭在當代社會中被視為個人建立認同並歸屬於其中的基本單位，在分析父母何以取得對子女生育決定的掌控權時，也無法僅是原子式地考慮子女的利益與損失，而必須考量到子女的一切行為是否將影響整個家庭以及家長個人的某些利益，使得子女的生活態樣有必要經由家庭或家長的認可。

首先，一個可能的考量是，子女作為家庭的一員，若做出社會通念下的「偏差行為」，將有害於家庭的「名譽」，況且傳統上父母握有教養子女的權利與義

疑慮。

[150] PLATO, THE REPUBLIC OF PLATO 139-144 (Allan Bloom trans., 2nd eds., Basic Books 1991) (1968).

doi:10.6342/NTU202402509

務，子女的偏差行為更會直接影響到父母的社會名聲。以法蘭西王國為例，該國存在「監禁令」（lettres de cachet）制度，即私人可以上書向副警監層級的警察（the lieutenant of police）或向國王之宮廷（Maison du Roi）提出請求下達限制他人人身自由的命令。有趣的是，這個制度被廣泛用於家庭成員向國家請求介入家庭事務（如親子衝突、婚姻失和等問題），並可逮捕或監禁行為不當或失序的配偶或子女[151]。其中，有權要求對子女之人身自由加以拘束的理由主要可以分為子女在外的浪蕩行為以及在家內的偏差行為。前者包含女兒與已婚男子同居或生育私生子、子女在外四處遊蕩滋事等[152]；後者則包含家庭內的衝突，如肢體暴力、脅迫行為或是涉及財產的竊盜、強取財產等行為[153]。從當時的歷史資料看來，其中不同案由的男女比例有明顯差異，例如涉入暴力行為者以男性為主，女性則主要是因為捲入各種緋聞或醜聞導致聲名狼藉而造成家庭的困擾[154]。

至於監禁令制度的目的，佔據最核心地位的就是保全家庭的名譽。因為子女的偏差行為某種程度上象徵家庭無力管控自己的家庭成員，顯示出該家庭的不可靠及無能[155]，顯然將損害家庭在共同體中的名聲，加上司法程序乃至於後續的處罰普遍被認為是令人蒙羞的，因此在子女做出可能演變成真正犯罪的偏差行為時，便透過監禁令制度提前防免之[156]。此外，相較於司法程序與刑罰的公開性與污名效果，透過監禁令制度，造成家庭名譽危機的事件也得以直接「上達天聽」，且監禁處所也是不可見的，造成家庭不名譽的子女及其偏差行為因而能夠保持隱密性，避免家庭的名譽受到破壞[157]。

---

[151] ARLETTE FARGE & MICHEL FOUCAULT, DISORDERLY FAMILIES: INFAMOUS LETTERS FROM THE BASTILLE ARCHIVES 19 (Nancy Luxon ed., Thomas Scott-Railton trans., University of Minnesota Press 2016) (1982).

[152] *Id.* at 125-128.

[153] *Id.* at 128.

[154] *Id.* at 129-130.

[155] JACQUES DONZELOT, THE POLICING OF FAMILIES 50 (Robert Hurley trans., Random House 1979) (1977).

[156] FARGE & FOUCAULT, *supra* note 151, at 133.

[157] *Id.* at 255-261.

doi:10.6342/NTU202402509

論者指出，「名譽」是對所有具有地位的人都至關重要的元素，為了促使主權者願意介入這些屬於市井小民或非貴族階級家庭中微小瑣碎的事務，訴諸名譽就成了一個有效的方法。同時，這某種程度上也可以說是家庭自身追求的一部分，家長或家庭透過這個方式來尋求認同，並且試圖讓自己的存在獲得政治權力的認可[158]。從國家的角度來說，國家透過這種方式得以建立其對於個人的控制，得以確立良好而穩定的社會秩序，這也正是當時警察行政部門的核心目標。換言之，此時家庭的名譽同時被視為是維持社會秩序所必須的要素，也因此更能得到行政部門的認可[159]，可見家庭及家長的名譽在歷史上確實曾是家庭法制中所關注的重要對象之一。

除了名譽利益之外，子女私自作成的生活安排尚可能影響家長基於親情而生的情感利益。如同前述，家庭係以親密性為其核心特質，多數家庭也維繫著或試圖維繫親子關係的親密性，而在人際互動中，分享秘密或自我揭露（self-disclosure）都是促進親密關係重要的一環[160]。英美法上已經有不少學者在討論家長權的正當性與內涵時，強調從「關係」觀點來理解家長權的內涵。例如 Kenneth L. Karst 就認為經營親密結合關係（intimate association）的自由是美國憲法中一項重要的基本權利，在親密關係中個人可以滿足愛與被愛的需求，能夠促進自我認同等[161]。Harry Brighouse 及 Adam Swift 則認為家長對於子女固有照料義務，惟更重要的是家長對於善盡該親職本身實存在一種特殊的利益，更直接地說，論者認為家長擁有與子女建立某種型態的親密關係之核心權利[162]。依此，為

---

158 *Id.* at 133.

159 *Id.* at 133-134.

160 *See* Jean-Philippe Laurenceau et al., *Intimacy as an Interpersonal Process: The Importance of Self-Disclosure, Partner Disclosure, and Perceived Partner Responsiveness in Interpersonal Exchanges*, 74 J. PERS. SOC. PSYCHOL. 1238, 1238-1249 (1998); Alisa Bedrov & Shelly L. Gable, *Keeping and Sharing Secrets at the Interpersonal Level*, SOCIAL AND PERSONALITY PSYCHOLOGY COMPASS (Feb. 5, 2024), https://compass.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/spc3.12942.

161 Kenneth L. Karst, *The Freedom of Intimate Association*, 89 YALE L. J. 624, 629-637 (1980).

162 Harry Brighouse & Adam Swift, *Family Values and School Policy: Shaping Values and Conferring Advantage, in* EDUCATION, JUSTICE, AND DEMOCRACY 199, 204-206 (Danielle Allen & Rob Reich eds., 2013).

doi:10.6342/NTU202402509

了保護家長對於此種親密關係的權利，可以進一步推論出家長具體而言擁有哪些特殊的權利，例如家長應該擁有與自己的子女同住的權利，以利雙方建立對彼此的了解與親密感等[163]。

其他學者如 Anne C. Dailey 及 Laura A. Rosenbury 也指出，以「關係權」（relational rights）取代過去對於家長權採取階級式並強調「控制」的理解，將關注焦點置於父母與子女雙方對於此種親密關係的需求，除了能夠讓子女不再僅是被動接受照顧的角色，在這樣的理解之下，父母所擁有的權利內涵還包括親子關係的調和，在有必要時也可由國家適當地支持、提供協助[164]，可以解決傳統論述以家庭的自主性拒斥國家權力的行使，反而阻礙了少數家庭尋求必要協助以健全家庭功能的問題。

簡言之，父母子女關係固然與兒童的健全成長、做好參與公民社會的準備等利益有關，不過其毋寧有超越這些目的而存在的獨特價值[165]。據此，子女生活中重大事項的決策若對家長加以隱瞞，可能有損於雙方的信賴及親密性，必然傷害到家長對子女的情感利益；反過來說，多數家長基於愛子心切，想當然爾也會希望參與子女的生活決策。

更廣泛地說，子女的行動實有可能直接干擾家長原先對家庭所作的安排。除了家庭或家長本身的名譽以及家長對子女的情感利益可能因子女的行為受到損害之外，最可能直接影響到家庭的因素之一包含子女的生活方式也會因為需要動用金錢，涉及家中的財務安排而有干擾到家長以及整個家庭經濟利益的可能性。如前所述，傳統家庭中是由家長或尊長（主要為父親）掌控家中財產，子女並沒有自己的財產可言；就現代社會來看，未成年子女通常也會因欠缺合法勞動的可能性而難以擁有自己的財產，此時未成年子女的一切開銷便需要動用父母的金錢

163 *Id.* at 206.
164 Anne C. Dailey & Laura A. Rosenbury, *The New Parental Rights*, 71 DUKE L. J. 75, 112-115 (2021).
165 David Fisher, *Parental Rights and the Right to Intimate Association* 48 HASTINGS L. J. 399, 429 (1997).

doi:10.6342/NTU202402509

[166]。就算未成年子女以自己的名義獲得財產，其若想要處分之，原則上也必須經過法定代理人的同意，只有在例外涉及日常生活必需行為等情況時得以由限制行為能力人自行決定，就此我國通說見解認為用意在於防止未成年子女因思慮不周任意逸散財產。因此，家長同意權的規定也可能是出於維繫家長對家庭的掌控、安排權限的有效性。

本文認為，上開將家長權連結到家長自身的利益，試圖擺脫傳統家長權的威權色彩，固有其啟發性，惟得否證立家長權甚至是未成年人接受人工流產之家長同意權，仍值得深思。首先，就影響家庭乃至於家長的名譽而言，可以確定的是，個人的言行只要涉及他人，就可能影響他人的外在名譽[167]。不過同樣確定的是，個人的言行並不會因為對於特定人的名譽有所危害即應在經過該他人同意之前一律受到規制、禁止，甚至以刑罰作為代價。通說認為，損害他人名譽的言論是否應該受到禁止，還需要考慮言論自由權的保護，並在兩者之間進行妥適的利益衡量。在釋字第 509 號以及 112 年憲判字第 8 號理由書中，大法官都認為言論自由具有促進民主社會之溝通、自我實現等重要的社會政治功能，因此判斷特定言論是否構成刑法上的誹謗罪時，尚須審視言論是否具有公益性、真實性等特性，在此範圍內應以言論自由的保護為重。在公然侮辱的案例中，雖然對於名譽的內涵、侮辱言論是否受言論自由保障等問題仍有爭議，惟其最終仍都是根據語境、脈絡判斷特定言論是否屬於否定被害人的平等主體地位、侵害被害人的尊嚴狀態的侮辱言論[168]，顯然亦非僅關注被害人名譽的減損。至於在言論之外，可能

[166] 就算未成年子女以自己的名義獲得財產，其若想要處分之，原則上也必須經過法定代理人的同意，只有在例外涉及日常生活必需行為等情況時得以由限制行為能力人自行決定。不過本文在此欲討論的是子女動用金錢侵害到家長利益的可能性，因此對於子女單純未經同意動用屬於子女自身財產的部分暫且不論。

[167] 名譽的類型與概念僅參許澤天，前揭註 38，頁 255-256。

[168] 可參考憲法法庭 111 年度憲民字第 900243 號（有關公然侮辱案件）蘇慧婕教授、黃士軒副教授之專家諮詢意見書。

doi:10.6342/NTU202402509

影響他人名譽的「行動」是否會一律被禁止，通說雖然對此少有著墨[169]，但可以想像至少也需要將個人行動自由的保護必要性納入考慮。

質言之，從刑法的角度來看，這其實涉及刑法對於名譽的保護範圍以及「非容許行為」如何判斷的問題，後者即為特定行為是否具備不法性的判斷。通說對此顯然採取利益衡量標準，則除了家長的名譽利益之外，子女的行動自由、隱私等利益自然必須作為衡量的要素之一，否則無從宣稱子女的行動因為損害了家長的名譽而存在不法性。本文則傾向以個人自由為基礎，以被害人是否自願承擔風險，及行為人與相對人所處的特定領域的運作模式如何進行風險分配作為判準[170]。固然採取此種標準下，子女生活安排與父母之名譽損害間的風險承擔關係為何、或者如何詮釋現代社會對此所採取的風險分配模式可能存有不同意見，惟本文傾向認為，首先，既然難以期待所有未成年人時時刻刻符合社會規範或主流價值，則在社會普遍認為家長需對於子女行為負責的前提下，家長在生育或擔負撫養子女之責時，即多少伴隨子女在成長過程中可能因大大小小的偏差行為而使父母名聲受損的風險，不應由子女加以承擔，遑論使子女擔負刑責。並且，若「無法管控子女的行為」或是「教養不力」才是家長名聲之所以受到減損的根本理由，則無論基於何種原因，家長未能盡到管教子女的義務、未能提前阻止子女的偏差行為，為何是透過法律甚至是刑法來要求子女報告自己的特定行動、拱手讓出自己的行動自由權（如本文所欲探討的生育決策權）來確保家長的名譽權，似乎也欠缺令人信服的理由。

再者，名譽既然是由個人生活歷程、人際交往等事件所構築，則個人所有涉及他人的行動都有影響他人名譽的可能性，可以說名譽的提升或減損往往是個人

[169] 學理上尚承認以行動傳達政治理念之「象徵性言論」概念，並將之視為言論自由的保護範圍，此亦為不少司法實務所肯認。可參最高法院 110 年度台上字第 2104 號刑事判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 2097 號刑事判決（但結論上認為公然焚燒國旗已逾越言論自由之保障）。

[170] 對於利益衡量說的批評及以風險承擔作為不法行為判準的看法，可見周漾沂（2014），〈風險承擔作為阻卻不法事由：重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14 期，頁 188-224。

doi:10.6342/NTU202402509

行動自由的伴隨結果，因此除非該行為已經直接且不實地指涉他人的生活歷程（如誹謗罪、妨害信用罪）或是直接對被害人以言行過度侵害其尊嚴（公然侮辱），否則我國刑法並不加以處罰。換言之，我國刑法的基本態度似乎認為除了上開可罰的名譽法益侵害外，其餘行動所引致的名譽減損僅為反射效果，僅需審酌該行為是否違反其他法規範之誡命。從現實面來說，當代自由主義重視「個人性」（individualist）[171]，在多數情況下本文亦懷疑子女的行為果真有危害家長名譽權至非容許的程度？

至於以家長得以與子女建立並維持親密關係的權利證立家長同意權的取徑，可能也存在一些盲點。首先，依照不少學者的看法，「關係權」的概念不只適用於家長，也適用於子女。對於「關係權」的強調只是拒斥了對親子關係採取「控制」的思維，而轉向關注親子關係中雙方對於情感與扶持的需求。但家長權的範圍並不因此如同傳統家長權一般無邊無際、無法可管，論者強調處於關係中的個人仍是具備獨立人格的主體[172]，因此關係權為核心的家長權將受到子女利益的約束，國家也會視家庭成員的需求加以介入、提供支持[173]。家長權仍然可能因為子女的利益或其他公共利益而受到國家的限制，只不過國家的介入若有害於該親密關係的維繫或建立，必須基於令人信服的公共利益始有正當性[174]。依此，本文認為強制要求子女揭露墮胎決定並賦予家長決定權（否決權），似乎是忽略了少女所擁有的「關係權」，且實際上不一定能促進親子間親密性的建立或恢復，反而可能導致對立甚至是家暴行為等負面效應，尤其是當親子關係已經存在根本性的衝突或者瀕臨破裂時[175]。

---

171 ASHENDEN, *supra* note 129, at 37.

172 Martha Minow & Mary Lyndon Shanley, *Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Political Theory and Law*, 11 HYPATIA 4, 20-23 (1996).

173 Dailey & Rosenbury, *supra* note 164, at 113-115.

174 Fisher, *supra* note 165, at 429-430.

175 類似看法：Planned Parenthood v. Danforth 428 U.S. 52, 75 (1976); Stanley K. Henshaw & Kathryn Kost, *Parental Involvement in Minor's Abortion Decisions*, 24 FAM. PLAN. PERSPECT. 196, 207 (1992).

doi:10.6342/NTU202402509

另一個盲點在於，以關係觀點來理解家長權，至多僅能說明家長或子女擁有維繫親子間親密關係的重要利益，卻無法說明在規範上應該如何對家庭內的事務進行安排。在家庭中，無論成員間的親密關係多麼重要，人們仍然是以法律或社會規範為框架來互動，而此種觀點並沒有就如何分配權力提供說明[176]。舉例而言，即使我們肯認個人的婚姻自由（或由此衍生的隱私權）具有關係權的性質，然而無論是採取男尊女卑的權力關係配置或者男女平等的規範預設，都很難說是實現或損害了配偶一方的關係權。據此，縱使肯認家長無法參與子女的墮胎決策將導致家長維繫親密親子關係的情感利益受損，在應然層面上也無法直接推論規範必須要求子女揭露墮胎決策並由家長同意，遑論在實然面上，如前所述，這樣的揭露不見得必然有利於親子關係的建立。

最後，以家長的關係權證立家長同意權，似乎是以子女的自由權為代價，來確保家長的情感利益受到保護。雖然採取此說的論者聲稱關係性的觀點得以兼衡親子雙方的利益，惟本文對此採取懷疑態度。首先，兩者既有衝突，自然有一方必須退讓，此說的「兼衡」並無法提供兩者衝突時應以何方的利益／權利為準的指引，似乎是採取利益衡量的觀點加以綜合判斷。惟此種看法使得子女的「身體權」不再絕對而成為衡量的對象之一，在衡量後可能需要服膺於不具備絕對普遍性的「關係利益」之下，似乎與自由為典範的法概念有所齟齬，使得規範僅是權力關係的體現[177]。實際上，現行法無論個案情形一律要求家長同意權作為少女接受人工流產的合法條件，即使採取關係權的理解，也顯示立法者已經預設了對於家長關係權的保護永遠優越於少女自主權的保護，顯然導致少女的身體權相對化的結果。同樣的道理也可套用在以家長對家庭的安排權限的觀點上，即家長對於

[176] Samantha Godwin, *Against Parental Rights*, 47 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 1, 59 (2015). 作者在文中以婚姻為例，指出從過去傳統婚姻將已婚女性歸屬於其丈夫而不承認其獨立人格（coverture），到當代婚姻已遵循形式平等，兩者間的權力分配大相徑庭，卻不妨礙個人維繫正向的家庭關係。

[177] 有關權利／利益的區辨以及對於以效益主義以「利益」理解法益的批評，詳見周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41 卷 3 期，頁 988-1010。

doi:10.6342/NTU202402509

家庭的掌控與安排，如果未能說明其與少女權利的連動或調和關係，則此種利益衡量的觀點可能是宣示了少女的自我決定權必須無條件讓步的結果。

第四項 家長權作為對價

誠如本文前所提及，現代家長在親子關係中處於專斷地位的色彩相對削弱許多，更為主流的看法是將家長在親子關係中的角色詮釋為以實踐養育子女的義務為核心。在這種觀點之下，家長權的存在可能具備使家長能夠更為順利地實踐育兒義務的功能，也可能被視為是給予家長的一種對價，以此鼓勵家長投入育兒活動。

首先，本文前曾提及法國在大革命之前存在的「監禁令」制度，該制度體現出家庭對於榮譽的重視及仰賴國家作為維護家庭名譽的手段，此外國家也能藉此維持穩定的社會秩序。我們可以觀察到，當時家庭內的首長對於其家庭成員負有一定的責任，為了獲得國家的保護及認可，該首長必須確保家庭成員遵守社會秩序以及遵守其他的義務（如納稅、服兵役等）。作為一種補償，家父長便擁有對其家庭成員幾乎是無條件的權力，且該權力也將受到國家的支持，「監禁令」制度的存在也是奠基在這個基礎上[178]。換言之，國家透過賦予家中首長廣泛的權力，來確保家庭可以有效地管控其成員，在家庭成員不順從首長的命令時，國家也會從旁予以協助，最終得以維繫國家所追求的社會秩序。Jacques Donzelot 認為，直到法國大革命後，因為諸如對監禁令制度的反彈、窮人對於國家提供福利服務的請求等原因，此種由王權與家庭合作的機制才宣告瓦解[179]，當代社會對於家庭的治理方式始逐漸出現新的樣貌。

到了近代，許多學者則認為在親子關係中，國家與父母間存在一種類似「信託」（trust）的關係，國家將「使兒童健全成長」的任務託付給父母來執行，並

[178] DONZELOT, *supra* note 155, at 49-50.
[179] DONZELOT, *supra* note 155, at 50-51.

doi:10.6342/NTU202402509

賦予某些特權（privilege）使得父母能夠更有效地行使這個義務[180]（本文下稱「信託理論」）。相近觀點如 Barbara Bennett Woodhouse 也指出應該以動態的「管理關係」（stewardship）理解親子關係，家長是經由實際的照護行為以及共同體的授予才獲得對於兒童的權力，家長並未履行這個責任時，此等權力便會被剝奪。Woodhouse 也強調，家長獲得的權限（authority）無法被稱為權利，而僅是基於家長對於子女的投入，而作為此種管理關係的附屬品（adjunct）而已[181]。

詳言之，一般而言信託關係中的受託人（fiduciary）有義務以受益人（beneficiary）的利益為依歸，在此範圍內將自己的利益擺在第二順位，並且因為涉及的事項及受託人的履約行為往往較為複雜，因此需要賦予一定的決策裁量權，加上受益人往往處於資訊或專業知識較為缺乏的狀態，使得受益人難以監督受託人，受託人藉機做出自我交易等自利或有害於受益人行為的風險即會升高[182]。有鑑於此，普通信託法規便透過注意義務（duty of care）及忠實義務（duty of loyalty）來促使受託人以受益人的利益為主要考慮，並透過各種監督或擔保機制加以實現，受託人也可以從中獲得經濟利益或無形的名譽、自我實現等「報酬」[183]。此外，受託人裁量權的大小也會取決於信託關係所涉及的事務範圍，受託人負責的事務範圍越廣，即必須給予更廣泛的裁量權，輔以其他法律或非法律的機制，以實現信託關係的目標[184]。從效益的考量來看，無論是以法律或不具法律效力的社會規範為之，規制受託人行為的最終目標就是要以最小的成本來避免利益衝突[185]。

---

[180] SHULMAN, *supra* note 104, at 3-30. 類似見解尚可參 Lionel David Smith, *Parenthood Is a Fiduciary Relationship*, 70 U. TORONTO. L. J. 395, 395-452(2019).

[181] Barbara Bennett Woodhouse, *Hatching the Egg: A Child-Centered Perspective on Parent's Rights*, 14 CARDOZO L. REV. 1747, 1814-1820 (1992).

[182] Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Parents as Fiduciaries*, 81 VA. L. REV. 2401, 2418-2420 (1995).

[183] *Id.* at 2424-2429.

[184] 例如一般信託（trust）關係中，受託人（trustee）絕對不能進行自我交易；反之，在公司法制中董事只要證明交易行為對於公司是公平、有利的即可，且尚有商業判斷法則（business judgment rule）的適用，顯然賦予公司董事更自由的裁量權限。Scott & Scott, *supra* note 182, at 2421-2424.

[185] *Id.* at 2421-2422.

doi:10.6342/NTU202402509

承上，Elizabeth S. Scott 與 Robert E. Scott 即認為，將父母理解為受託人除了最接近當代家庭法制的樣貌，也是形塑家庭的角色以及國家在其中所扮演的角色最佳的路徑。詳言之，親子關係與前述的信託關係有許多可兩相對照之處。首先，論者認為將父母的責任作為規制重心最能促進兒童的利益，而教養活動所涉及的事項類型也極為廣泛，若套用信託關係的準則，也能解釋為何需要給予父母較大的自由裁量空間[186]。再者，父母在親職實作中，同樣會受到各種正式或非正式的規範所拘束，例如親子間的情感連結以及其他不成文的社會規範，可以促使父母將自己與子女的利益視為一致，從中預期可以獲得自我實現或社會的讚許，反之則可能因為未妥適履行而有罪惡感或受到社會上的負面評價[187]，兩位學者並認為在多數情況下強制性的法律規範反而會阻礙家長實踐養育義務，進而比照公司法賦予董事自由裁量權限的商業判斷法則（business judgment rule），將原則上尊重家長裁量權的推定稱為「家長判斷法則」（parental judgment rule）[188]。從而，只有在家長的行為在社會共識下屬於應該被限制或約束的行為，才能夠以法律規範強行介入，如此不僅得以避免法規範恣意地妨害親子關係，也可使家長的行動有所依歸，更能夠使家長將社會規範內化之[189]。

在這樣高度仰賴內在道德情感、外在的社會倫理評價等非法律機制的運作模式下，不僅是父母可以最大程度地取得其從家長身分中所能得到的回饋，國家也能夠花費最小的成本達到使兒童受到必要的照顧與養育的目標[190]，同時這某種程度上也是對於國家權力過度行使的抑制。對家長而言，除了名譽以及家長身分所帶來的滿足感外，「家長權」也可以被看作是家長妥適履行受託義務的一種對價

[186] *Id.* at 2416-2417.
[187] *Id.* at 2432-2433.
[188] *Id.* at 2437-2438
[189] *Id.* at 2438-2439.
[190] *Id.* at 2429-2442.

doi:10.6342/NTU202402509

（quid pro quo），否則難以期待家長在自己的投入絲毫不受到法律保障的情況下，仍會願意擔負國家所期望的養育責任[191]。

其他論者也採取類似的進路，例如有從「投資原則」（investment principle）出發來證立家長權（包含決策權及履行家長責任的專有權限），稱為「投資理論」（investment theory）者。所謂「投資原則」意指在其他條件不變的情況下，個人對於特定對象的「持份」（stake）原則上取決於個人對於該對象的投入數額或程度。是以，論者主張家長的身分乃至於家長權均應由確實投入照護或教養活動者取得[192]，且在此理論下亦不排除兒童可能有超過兩位被認可具備家長身分者[193]。舉例來說，兒童的生母因為懷胎生育的過程，在嬰兒出生時即為最主要的「股東」，其可以決定誰得以在嬰兒出生後參與教養工作，進而成為家長；至於生父在生母懷孕期間若給予的支持，也可能被認為取得成為家長的適格[194]。不過，論者強調其無意聲稱這個原則是絕對、不可妥協的，此理論並非完全排斥其他道德原則的適用或權衡，例如兒童的福祉在某些情況下可能就會被認為比這些家長權利更為重要，在領養的案例中原生父母與收養人約定好暫時不行使家長權，而允許收養人投入親職工作，也是可以接受的[195]。

與「投資理論」內涵相近的尚有「勞動理論」（labor theory），Dara Purvis 指出當代家庭法制的發展高度受到勞動理論的影響，例如監護權爭訟中「幼年原則」（tender years doctrine）或「主要照顧者原則」的適用，即顯現出法院無論是基於性別角色的預設或是考慮到兒童的心理健康，均傾向由主要進行養育工作者取得監護權[196]。Purvis 指出，雖然人與物品的關係與親子關係並不完全相同，但 Locke 關於財產權的論述對於家長權的取得仍然有值得參考援引之處，即個人係

---

[191] *Id.* at 2439-2441.
[192] Joseph Millum, *How Do We Acquire Parental Rights?*, 36 SOC. THEORY PRACT. 112, 114-118 (2010).
[193] *Id.* at 124-125.
[194] *Id.* at 123-124.
[195] *Id.* at 118-120.
[196] Dara Purvis, *The Origin of Parental Rights: Labor, Intent, and Fathers*, 41 FLA. ST. U. L. REV. 645, 654-658 (2014).

doi:10.6342/NTU202402509

因對特定財物投入勞力（labor）而取得財產權[197]。將父母養育子女的行為類比之，可以更加精確地解釋父母為何擁有某些家長權[198]。在 Purvis 的理論中，父親在生產前（prebirth）的準備工作也可能使其取得家長地位的適格，而不限於在兒童出生後與其建立實質的交流關係[199]。然而，Purvis 強調，勞動理論僅是用來判斷個人是否具備法律上的家長地位，進而有爭取監護權或會面交往權（visitation）的資格而已，實際上是否能取得此種權限仍然必須仰賴子女最佳利益的判斷[200]。

上開觀點可說是當代家庭治理的理論中的有力見解。此種說法聚焦在家長對子女的照料義務，並強調家長的行為需要受到國家或法律的監督、約束，家長權的權威性格似乎蕩然無存，也創造出足以吸納考量「子女利益」的空間，以子女的扶養需求為所求，十分符合現代社會對於親職的想像。在此，家長權是不得不的手段，是共同體為了確保兒童能夠健全成長不可或缺的工具。然而本文認為，將家長權理解為實踐家長義務的工具或對價，還存在許多需要被釐清的問題，以下便大致區分信託理論以及勞動理論／投資理論對此種論點加以分析。

就信託理論而言，第一個可以質疑的是將家長比擬為受託人的「適當性」。許多文獻指出正是因為家長義務的範圍較一般受託人所負責的範圍來得廣泛許多[201]，因此在實踐上要求父母依循高標準的無私行為準則毋寧是高度困難的，採取此說的論者因此在套用信託概念時便相對謙抑，也就是降低對於家長作為「受託人」的行為要求。質言之，社會上對於家長行為的道德要求還比起法律賦予家長的信託義務要高上許多，導致家長義務在規範上的形貌最後根本已經與正規的信託關係相距甚遠[202]。況且，縱使是法律上的信託關係也會根據信託目的的不同而

197 *Id.* at 654-655.
198 *Id.* at 655.
199 *Id.* at 680-683.
200 *Id.* at 682-683.
201 Carl E. Schneider, *On the Duties and Rights of Parents*, 81 VA. L. REV. 2477, 2481 (1995); Dailey & Rosenbury, *supra* note 164, at 99.
202 *Id.* at 2481-2482.

doi:10.6342/NTU202402509

推導出受託人不同的義務內涵、範圍等不甚相同的運作規範，要將何種信託關係套用在家長所擔負的義務上，同樣是個待決的問題[203]。

再者，就受託人的任務內涵來看，信託關係要求受託人以受益人的利益為唯一考慮，但身為家人，家長對於子女事務的決定通常自然牽動家長自身的利益，因此有學者認為，要求家長僅以子女的利益為考慮，可能是不切實際的[204]。並且，一般來說受託人是就「達成預設目標的手段」擁有裁量權，而該目標通常由受益人預先決定，或者受託人至多僅對於目標的設定具備有限的裁量權，通常並不允許受託人在未經授權的情況下自行設立特殊的信託目標，且受託人通常也不會對委託人所設定的目標進行道德判斷[205]。在這樣的理解下，親子關係的互動模式似乎也與普通的信託關係有所不同。綜合以上幾點差異，論者認為要求一般受託人負擔較為嚴格的忠實義務是相對合理且行得通的，且普通的信託關係也擁有較為完善的監督制衡機制[206]，但將之套用在親子關係上則稍嫌勉強。

第二個問題在於將信託關係套用在親子關係的「必要性」。論者正確地指出，若我們堅持將親子關係比喻為信託關係，並擴張此處「信託」的意涵，例如開放受託人得以同時衡量自己與受益人的利益進行決策，並且聲稱這仍然符合信託關係的結構，則「信託」的概念將變得過於廣泛而有高度的不確定性，更直接的問題是，這樣的觀點也背棄了論者試圖將親子關係比喻為信託關係的初衷[207]。

既然以信託關係理解家長義務存在上開缺陷，則「家長權」即不能單純地被視為是信託關係下給予家長的「對價」，也不能單純地以家長作為受託人照理擁有決策上的自由裁量權來正當化。此外，將家長權視為國家與家長間的「交

---

[203] Scott Altman, *Are Parents Fiduciaries?*, 42 L & PHIL. 411, 414-415 (2023). 例如 Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott 前揭註 182 文中認為親子關係中，家長的決策權較為彈性、自由裁量空間較大，概念上接近公司董事；但 Scott Altman 卻認為在公司中，公司股東對於董事的監督可能性較高，股東也可以透過售出股票來自我保護，家長應該更接近信託受託人（trustee）的角色。

[204] *Id.* at 417.

[205] *Id.* at 416-417.

[206] *Id.* at 434-435.

[207] *Id.* at 428-433.

doi:10.6342/NTU202402509

易」，似乎也是立基於過於簡化的預設。詳言之，信託理論似乎是預設國家的核心利益為確保兒童能夠在家長的照顧下健全成長，家長追求的則是使其在家長身分中能獲得的回報最大化[208]。然而，國家或家長是否可能有其他同樣重要或者更重要的目標？可以想像的是，國家可能同樣注重家長自身的利益與幸福感，並非僅以兒少的利益作為唯一的政策目標；或是家長相較於在親子關係中獲得回饋，更重視自己的福祉，甚至在信託義務負擔過重時，家長很有可能不願意再受到親子關係的拘束[209]，比起持續維持信託關係以獲得回報，更傾向結束信託關係。因此，信託理論認為國家與家長追求的目標相容、得以達到互相支持、互惠效果的看法，可能過於理想。此外，「家長權作為對價」的看法只告訴我們家長權不應該過於限縮，以免影響家長妥善行使義務的意願，卻仍然無法說明給予哪些種類或多大範圍的家長權，最適於家長完成受託義務。我們甚至可以大膽地推測，給予家長越大的權限越有助於鼓勵家長行使教養義務，且國家的成本亦不至於大幅增加。

依本文之見，信託理論更為根本的問題可能在於其將兒少視為無能動性的客體。在信託理論的觀點下，國家或基於促進社會正向發展的目的而將兒少健全成長作為其追求之核心政策目標之一，並認定家長可能是最適於履行此種義務之人，而與家長進行某種交易，使家長願意依照國家所期待的方式教養子女，而子女在此種關係之中雖然被當作受益人而看似是獲益者，惟其似乎必須服膺於國家所預設「健全成長」的理想生命軌跡之下，並因國家與家長之間的信託關係所隱含的利益衡量、效益最大化邏輯（國家以最小的成本達成目標），而需要無條件受到家長權的拘束，從而未成年人實有被剝奪積極主體性格的可能性。

至於投資理論或勞動理論最常遭受到的批評則是，這些理論都無法說明為何投入資源者即可以取得權限。可以想像的是，若是依照投資理論或勞動理論的預

[208] *Id.* at 2483.
[209] *Id.* at 2483-2484.

doi:10.6342/NTU202402509

設，則協助孕婦出生的醫師、照顧孕婦的家人或朋友也應該擁有部分「股份」，但這卻不符合現實，也並非論者所欲採取的家庭觀。不過除此之外，投資理論或勞動理論最致命的問題在於其存在將兒童理解為家長之「財產」的危險。採取此說的學者通常都會提及 John Locke 有關財產權的觀點，進而推導出家長權源自於家長對於兒童投注的勞力與資源。固然 Locke 或者採取此說的學者都否定家長因此對子女具備「所有權」，家長僅是基於對於兒童的責任而對子女衍生出某種權限而已。例如 Joseph Millum 就認為個人因為投入而對於特定對象擁有可主張的權利，並不代表個人與該對象必然處於「所有」的關係，換言之，對於無法被「所有」的事物仍有存在相關權利的空間[210]。

不過，本文認為此種抗辯可能只是一種說詞，而無法有力地回應將子女比擬為財產的批判。因為依照投資理論，似乎將導出子女至少在甫出生時，並不「擁有」（own）自己[211]（或說基於投入勞力、金錢等原因而取得的任何權利），形同忽視個人的主體性格，使得子女僅能被動地處於被主張權利的狀態。同理，只要家長持續對子女投注大量資源，此說也可能導出家長始終對於子女擁有極大的權利，縱使子女成年後亦然，顯然亦不符合主流見解對於家長權所設定的界線[212]。換句話說，投資理論無法回答的問題是，在其對於家長權利的理解之下，兒少必須經過何種過程、在哪一個時點才能成為得以擁有自己的主體？只要這個先

---

[210] Millum, *supra* note 192, at 117-118.

[211] SUSAN MOLLER OKIN, JUSTICE, GENDER, AND THE FAMILY 79-83 (1991). Locke 認為子女之所以不能被視為父母的財產，乃因子女屬於上帝的產物。這種看法被批評顯然與 Locke 自己對於財產權的理論相矛盾。不過，即使這種看法已經被其他自由主義者如 Robert Nozick 批評，但 Nozick 仍然沒有對「人如何在擁有自己的同時又生而為他人的財產」提出合理的解釋，而這卻是採取此種進路無法迴避的問題。

[212] 或許我們可以認為，隨著子女到達成年門檻，其對於自身投入的資源更多，因此能夠正當化父母對於子女的權利在子女成年後必須退居次位。不過仍然需要解決的問題是，此說對於權力的分配是全有全無？抑或是依據投資比例調整？如果所謂的「投資」項目無所不包，我們不僅難以確定子女的投入必然將隨著時間增長而與父母的投入出現黃金交叉，也當然無法說明為何子女取得完整權利的時點係以「成年」為準，更何況多數情況下父母的投資永遠不會趨近於零，這種看法也無法說明在父母子女關係中要如何分配雙方所擁有的權利內涵與範圍。

doi:10.6342/NTU202402509

決問題懸而未決，我們自然無從推論家長得以對子女主張的權利（或其能以子女的名義行使的權利）應該如何與子女能自行主張的權利加以調和、分配。

質言之，如果人與財產存在本質上的不同，則援引 Locke 關於財產權的論述是否仍有意義？換言之，「付出必有回報」的直觀想法，得否援引到人際關係上，甚至超越道德要求而成為具有法律效力、作為權利分配的準則，實不無疑義。遑論此種看法只能推導出家長基於自己的付出得以主張某些排他性的權利，以及「付出者有份」，卻無法據此準確地與現有的家長權橋接起來。如前所述，採取此說的論者如 Purvis 亦承認家長地位的取得以及家長得否取得監護權或其他具體權利，分屬二事，家長如何取得法律上賦予的各種具體的家長權，似乎存在子女利益等其他更重要的指導原則。更直接地說，此說其實只能反面導出「未付出者不得主張權利」，卻無法主張「有付出者必有權利」，以及家長所取得的是何種權利、多大的權利，更無法解決家長與子女對於子女自身的權利／權力分配問題，當然也無法回答家長何以依此取得對於同意／否定子女為特定行為的權限，在未成年人接受人工流產的案例中也不例外。從更直觀的角度來說，如果更加聚焦在本文所關注的少女墮胎案件上，在符合法定要件的情況下，依照投資理論或勞動理論，我們不禁要問，少女難道不是對腹中胎兒最有權利甚至是唯一得以主張權利的人嗎？

第五項 小結

綜合本文以上之討論，法定代理人同意權制度一個最直接的目的可能是出於對於家庭及家長的保護。例如，常見的看法認為，家庭作為社會生活的基本單位，可以想像維持家庭內的秩序及家庭的存續本身對於安定的社會秩序及個人的幸福生活都有助益。不過，這樣的看法並無法證立家長同意權。首先，就傳統自由主義認為家庭親密性的維持應該排除國家介入的觀點而言，親密性與國家管制並非必然存在對立性，從法定代理人同意權的規定就可以看出，如果法定代理人

doi:10.6342/NTU202402509

同意權的制度目的是為了維持家庭內的資訊揭露以促進、維持親密性，則國家選擇在資訊並未確實揭露時加以介入，便不見得是有害於親密性的手段。從而，問題僅在於，第一，同意權制度是否確實有助於實現親密性？在已經欠缺適應性或面臨危機的家庭顯然並非如此；第二，也是更根本的問題為，國家是否能夠以維持親密性的理由加以介入或拒絕介入？

關此，女性主義者已經正確地指出，所謂「法不入家門」實際上只是國家為了鞏固某種特定價值，選擇不介入時所使用的說詞而已，因此真正需要檢視的毋寧是國家的介入與否導致了何種結果，而這樣的結果是否符合現代自由法治國的要求。而法定代理人同意權的設立，無論是理解為一種強制貫徹父權秩序或資訊揭露想像的「介入」，或放任家庭繼續依循以家長為尊之決策模式的「不介入」，其顯然都是以某種權力關係的存續或親密性的空泛想像，來架空個人權利的行使。以實然層面上多數家庭存在的形貌作為法律規範的依歸，而不直接挑戰長幼尊卑秩序的絕對性，實際上是以法律的強行規定達到鞏固某種父權秩序的目標，而並未觸及核心，也就是該父權秩序是否有違犯個人權利保護的嫌疑。換言之，如果沒有釐清家庭秩序與個人基本權利之間的關係，形同是犧牲未成年子女的生育自決權、身體自決權、隱私權，以成全一個「正常」的家庭，而錯失了個人權利保護的重要性。

第二種看法則可以說是試圖回歸個人權利保護的特性，將家長權理解為對於家長固有權利或利益的保護。在此，同意權的意義在於，未成年子女包含生育決定在內的行為，都有影響到家長的名譽、情感、對家庭事務的安排等實質利益之可能性，而有必要徵詢利害關係人的同意。然而，這種看法首先是混淆了利益與權利的區分，也就是將所有可能造成家長愉悅／不悅的感受都描述成家長擁有的固有權利，成為受保護的對象，誠然這樣的觀點不見得是主張對於家長利益的無條件保護，惟其將家長的所有利益都作為潛在的保護對象，將法的功能定位於家庭成員間的利益最大化，其結果是子女的身體權、隱私權等基本權利被相對化，

doi:10.6342/NTU202402509

在利益衡量的操作下可能必須從屬於家長或家庭的利益之下。更有甚者，這樣的看法無法拒斥在利益衡量的考慮中，納入外於家庭的共同體之利益／不利益作為衡量因素之一，亦即此時未成年子女所擁有的所謂「基本權」也只有在不侵害家庭或共同體最大利益時才能被肯認，本文認為這種觀點已經將人工具化，並不可採。

並且，即使某些固有利益表面上看似受到干擾或減損，也不能斷言此時即有透過刑法介入的必要性與正當性。析言之，依照通說採取效益主義的觀點，所謂的利益／權利侵害本就僅是衡量的要素之一，必須綜合行為所帶來的其他效果綜合判斷該利益／權利侵害是否可非難，則家長的固有利益不見得總是優越於未成年子女的利益保護。而縱使是權利的觀點，也必須進一步判斷形式上的利益狀態缺損是否是非容許的權利侵害行為，具體而言即是必須釐清該損害是否係由法益持有者自願承擔或者在社會交往下應承擔的風險，以及損害的嚴重程度是否落在社會交往的容許範圍內等，無論如何都不能僅因觀察到家長擁有的權利受到干擾，就直接認定應該透過同意權的規定限縮子女自由權利的行使。

最後一種觀點則是試圖透過普遍被接受的其他法律規則來說明家長權的正當性。例如「信託理論」主張「國家—家長—未成年子女」的三方關係具備信託關係的特徵，可以說明並拘束家長應該履行的義務內容及履行義務的方式，在此國家所擔保的家長權除了是受託人履行義務之必須，也是國家擔保家長能夠確實履行義務的籌碼。惟姑且不論信託關係與親子關係的相似性如何，需要解決的上位問題仍然是為何要以信託關係來理解親子關係。申言之，此種理論預設的受託任務內容是「未成年子女的健全成長」，惟這縱使是國家重要的政策目標，也不代表家長及家庭必須無條件地全盤接受並奉為圭臬，再退步言，即使家庭有實現未成年人最佳利益的義務，並因此推論出家長必須擁有得以履行此義務的決策權限，然而要透過具備刑罰效果的規範來確保家長決策權限的完整性，也只有在釐清刑法的目的後，才能推論此種權限是否具備受到刑法保護的適格。

doi:10.6342/NTU202402509

同樣將家長權理解為某種對價的還有「投資理論」與「勞動理論」，雖然其試圖援引財產權的原始取得規則，將家長權的正當性基礎建立在家長對子女的物質、勞力投入之上，然而不僅財產權概念是否必然以投資或勞動作為得喪變更的基礎已有疑問，更關鍵的問題是未成年子女是否真的能被當作財產一般對待，使得家長能夠像擁有財物一般的「擁有」子女，透過投資行為取得專斷的權限？質言之，無論是信託理論、投資理論或勞動理論，在其論述中兒少都欠缺成為「自己的主人」之空間，在信託理論下，兒少是缺乏智識經驗而僅能仰賴受託人來實現客觀的健全成長目標之人，且國家用以確保受託人能夠善盡其忠實義務與注意義務並降低監督成本的方式之一，就是賦予家長較為寬廣的裁量權限作為報酬，鼓勵家長善盡信託義務；在投資理論或勞動理論下，或許是肇因於其理論提出的背景與目的係側重家長權限的證立，對於兒少法律地位的建構少有著墨，從而在其對家長權限的肯認下，難以看出兒少有任何掙脫家長權的空間。

綜上，從家庭或家長出發的同意權制度，雖然點出了家庭對現代社會生活的重要性及特殊性，甚至開始將家長權與家長所擔負的照顧義務相連結，然而對於家長義務的來源、家長義務的內容以及其與法律乃至於刑法之間的關係仍欠缺明確的橋接關係，導致法制設計最後往往訴諸一種價值取捨，也就是將倫理道德、社會秩序、共同體的未來發展等均納入考慮，進而認為同意權制度是使得共同體之總體效益最大化的最佳手段，使得自由權利的保護不再具有影響法規範（尤其是刑法規範）制定的決定性地位。

第二節 未成年人權利與兒少最佳利益

承前所述，子女長期作為附隨於家庭的存在而由家父長所支配，社會上也普遍將家庭視為核心私密領域而抗拒公權力的介入，「家庭自治」的原則導致家父長以外的個人鮮少獨立地成為關注的對象，使得國家對於家庭的管制大致呈現任由家父長處置、或者是以對於家父長的保護為重的傾向。惟隨著女性主義、自由

doi:10.6342/NTU202402509

主義等思潮蓬勃發展，長期被忽視的妻子、子女逐漸成為家庭法制改革的重點，其中對於未成年子女的關注實為最具代表性的一項變革，而對於未成年人利益的關注也更加具體地為當代家長同意權提供了重要基礎與內涵。

以下本文將先建構未成年人利益／權利概念的發展脈絡及其衍生出的不同意義，接著以主流的自由主義觀點審視自由主義與未成年人保護觀點的互動關係，即法律家長主義／家父長主義的類型及正當性，以確立家長同意權在此種保護觀點下的定位。此外，本文也希望透過參考其他專業領域的實證研究，具體檢視家長同意權如何被認為有助於未成年人利益之實現。最後，最重要的問題仍然是，此種保護或利益最大化的觀點是否得以證立家長同意權。

第一項 未成年人利益／權利概念之歷史演變

本文前曾述及，在羅馬法或英美法的傳統中，家父長對於子女的權力是極為廣泛的，家長可以任意處置、出售子女，子女勞動所取得的報酬也歸家父長所有[213]，論者指出此時家長與子女的關係更像是主人與家僕的關係，因此家長同時也應提供子女諸如必要的教育或其他回饋作為其勞力的交換，成人與兒童之間的關係毋寧是「功能性」的[214]，情感的成分則較為淡薄。於此，家父長對於子女擁有莫大的權力（及權利），相較之下其對於子女的義務成分似乎並沒有被理解為子女享有某種得主張的「權利」，子女的生活方式仍以家父長的指令為準。

直至 19 世紀起，因兒童逐漸被塑造為嶄新的形象，以及女性為了爭取監護權所採用的論述策略，種種歷史與文化因素交互作用下，始使得「兒童利益」開始受到關注。首先，兒童形象之所以發生轉變，不少學者認為與工業化、都市化的發展有關。詳言之，19 世紀起，越來越多的家父長選擇離家工作，使得家庭不再是工作場所，而開始擁有較強烈的情感連結色彩及「避風港」形象，且自耕農業

[213] 雷文玫，前揭註 93，頁 273。

[214] MASON, *supra* note 92, at 4-7.

doi:10.6342/NTU202402509

家庭的比例大幅降低，也導致兒童的勞動價值下降，進而導致生育需求降低、生育率下跌[215]。在這些原因的作用下，母親能夠花費更多心力在子女身上，兒童也逐漸擺脫「小大人」的形象設定，而被塑造成純真、不應被污染的存在[216]。

Viviana A. Zelizer 將上開現象稱為兒童的「神聖化」（sacralization），其體現在社會越來越難以忍受兒童死亡的事件，以及拒絕將兒童視為勞動力而將之商業化等層面。例如 19 世紀起，兒童醫學的發展方興未艾，同時，各種兒童遭逢交通事故、綁架等事件也成為社會關注的焦點，引發了諸多倡議運動。Zelizer 觀察到，19 至 20 世紀眾多兒童遭逢交通事故的案件，使得當時人民將街道視為充滿危險性之處，認為兒童應該要待在充分受到保護的處所，實際上就是遠離成人活動的區域，成人同時也會警告兒童遠離這些風險源，間接導致了兒童的「馴化」（domestication），導致兒童的活動更被侷限於家庭、學校等更容易受到監視、掌控的處所[217]。此外，也因當時的社會運動人士嚴加譴責將兒童視為生產力來源的觀念，因此 19 世紀開始廣泛出現禁止童工的立法，兒童的經濟價值大幅降低，而成為純粹情感挹注的對象[218]。可以說，一連串的發展使得兒童成為社會所珍視的對象，立法上也自然開始重視兒童福祉的實現。

而女性爭取監護權的歷史也是將兒童福祉納入規範考慮的重要里程碑。除了前文提及父親因出外工作，使得女性成為主要照顧者並與子女建立較過去為深的情感連結外，Mary Ann Mason 也指出當時廣泛流通的各式出版品共同形塑了母親的教養形象，導致母親的身份被高度地推崇[219]。這樣的時代趨勢，加上中產階級女性開始投入各種促進兒童健康與福利的組織[220]，對兒童的關懷開始萌芽，導致女性在爭取監護權上越來越佔優勢，當時被法院廣泛使用的「幼年原則」

---

215 *Id.* at 51.
216 *Id.* at 52.
217 VIVIANA A. ZELIZER, PRICING THE PRICELESS CHILD: THE CHANGING SOCIAL VALUE OF CHILDREN 43-55 (1981).
218 *See Id.* at 58-72.
219 MASON, *supra* note 92, at 52-53.
220 ZELIZER, *supra* note 217, at 28.

doi:10.6342/NTU202402509

（tender years doctrine）[221]便是認為母親才能夠給年幼子女最完善的照顧。這些試圖挑戰並鬆動家父長霸權的嘗試，雖然尚不能說是以實現兒童利益為終極目標，但也確實為後續子女利益的概念提供了發展空間。

19 世紀末期，隨著所謂「進步時代」（Progressive Era）揭開序幕，各式各樣的政治社會改革如火如荼地進行，兒童保護運動也在此時開始大放異彩，兒童的「福利」（welfare）被視為是國家必須追求的目標與責任[222]，並且隨著醫療科技的進步，兒童的生心理健康也開始獨立受到重視，其中也包含將子女的健康與母親的教養相連結[223]。Mason 認為相較於過去的第一波女性主義試圖挑戰家庭本身、著重女性個人權利的論述，此時的社會女性主義者（social feminist）不再以女性個人的權利作為論述重心，而是強調賦予女性某些權利能夠為家庭、兒童、社會帶來的效益，這個以家庭或子女的福祉為導向的策略顯然大獲成功，母親因此得以取得在規範上與父親平等的監護權利[224]。

從以上的論述我們也可以觀察到，在監護權案件中對於兒童福祉的關注毋寧仍是側重其與家長的連結，也就是決定某一方家長更適於養育子女，只是當時的社會傾向將母親而非父親視為足以實現兒童福祉的對象。換言之，進步時代下的兒童福利倡議相信兒童最好仍是受到原生父母的養育，有爭論的僅是要如何協助缺乏足夠養育資源的貧困家庭扶養子女而已[225]。不過可以確定的是，以早期「國家親權原則」的發展為始，隨著對兒童福祉的關注，國家逐漸在親子關係中擔當關鍵性的角色，在兒童受到嚴重人身虐待或未受到妥適照顧（neglect）的情況下，國家得以介入並將子女帶離家庭[226]。

---

[221] 翻譯參考李立如（2000），〈論離婚後父母對未成年子女權利義務之行使負擔：美國法上子女最佳利益原則的發展與努力方向〉，《歐美研究》，40 卷 3 期，頁 782。

[222] ZELIZER, *supra* note 217, at 28-29.

[223] *Id.* at 27-28.

[224] MASON, *supra* note 92, at 87-90.

[225] *Id.* at 90-92.

[226] *Id.* at 100-108.

doi:10.6342/NTU202402509

到了 1960 年代，原先由女性取得絕對優勢的監護權歸屬原則（即「幼年原則」），因其所隱含的傳統性別角色以及對父親所造成的不利益而逐漸受到質疑，包含女性主義在內都傾向尋求一個更為性別中立的標準，兒童的「最佳利益」基於其性別中立性以及其將兒童的利益置於成人之上的宣稱，自然而然獲得普遍的認可而成為最有說服力的選項[227]。由此，歷史上衍生出許多不同的規範嘗試，試圖填補、取代模糊抽象的「最佳利益」標準，諸如「共同監護原則」（joint custody doctrine）、「主要照顧者原則」等[228]。然而，在這些模式背後的核心準則仍然是兒童的最佳利益[229]，也正因如此，在上開的替代模式各自存在缺陷的情況下[230]，論者指出這些模式最終仍無法取代最佳利益標準[231]。簡言之，兒童最佳利益在 20 世紀中後期已普遍被視為監護權案件的指導原則。並且至此，我們可以觀察到從兒童的福利開始受到關注以來，兒童的形象越趨脆弱，其大抵上被視為需要受到保護的客體，而欠缺對於未成年人能動性的肯認。

與此同時，兒童權利運動亦基於當時美國社會所興起的反壓迫、反對舊思潮等革新思想而蓬勃發展。不同於 19 世紀至 20 世紀初期的兒童福利思維，1960 至 1970 年代起的兒童權利運動可以說是出於對家長及其所擁有權限的不信任，即家長的行為有時並不符合兒童的利益[232]，而對現有法制加以批判。並且，自 1960 年代以降的「兒童權利」論述，除了延續傳統對於兒童福祉的詮釋而指涉兒童對於受到保護、教育等扶養的需求，也因為其係茁生於當時的民權運動風潮，使得其具有賦予未成年人部分公民權利，並將兒童與成人等同視之的意涵[233]。要之，此際的兒童權利運動開始出現了訴求「解放」的流派，其將兒童視為長期受到壓迫

227 MARTIN GUGGENHEIM, WHAT'S WRONG WITH CHILDREN'S RIGHTS 153 (2005).
228 MASON, *supra* note 92, at 123.
229 GUGGENHEIM, *supra* note 227, at 152.
230 關於這些替代模式的介紹及批評，可詳見李立如，前揭註 221，頁 792-807。
231 李立如，前揭註 221，頁 807-811。
232 GUGGENHEIM, *supra* note 227, at 245.
233 Annette Ruth Appell, *Uneasy Tensions Between Children's Rights and Civil Rights*, 5 NEV. L.J. 141, 150-161 (2004).

doi:10.6342/NTU202402509

的群體，而主張應最大程度地賦予兒童自由權利，使兒童得以依其意願參與社會交往活動。

就我國而言，我國兒童福利法制的發展其實也與美國的歷史進程高度相似。學者指出，從日治時期開始，隨著教育的普及，兒童不再小小年紀便投入工作維持家計、補貼家用，兒童投入教育系統的時間延長並仰賴家庭給予經濟支持，也導致兒童與成人的「複雜」生活開始出現二分，兒童被認定為「單純、需要受到保護」，且被賦予此種形象的兒童年齡也不斷提高[234]。戰後隨著家庭計劃的推行，生育率下降，同樣導致家長與子女之間的情感連結更為深厚，整體家庭的型態從「父母本位」轉為「子女本位」[235]，這些發展都為未成年人成為法制關注重心打下了基礎。同時，日治時期後期政府及民間亦開始推行兒童保護運動，將兒童視為國家的重要資產，試圖降低兒童的死亡率[236]。

戰後國民政府亦推行養女保護運動，其動機隨雖然是為了將日治時期存在的習俗標示為落後而需要被改革的對象，以貶低日本殖民政府的統治[237]，不過也確實顯現出開始關注兒童福利的外觀。解嚴後，多起兒童受到不當待遇的新聞大肆地被報導，在民間團體的倡議及努力下，隨著 1989 年聯合國通過《兒童權利公約》（*Convention on the Rights of the Child*），我國在當時的《兒童福利法》、嗣後的《民法》修正案中，也正式引進「兒童最佳利益」的概念[238]，在此之後相關的立法政策也高度朝向「保護」未成年人的需求發展[239]。

---

234 劉晏齊（2016），〈為什麼要保護未成年人？兒少福利、法律與歷史的分析〉，《政大法學評論》，147 期，頁 95-103。

235 劉晏齊，前揭註 234，頁 104-110。

236 不過論者亦指出此時政府並沒有近代對於兒童生命身體的保護概念，例如殖民政府並未將日本國內實施之兒童虐待防制法施行於台灣，參李燕俐（2005），《國家對兒童態度的轉變：以台灣兒童福利行政與法制發展為中心》，頁 121-125，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

237 李燕俐，前揭註 236，頁 125-128。

238 劉晏齊，前揭註 234，頁 111-115；李燕俐，前揭註 236，頁 128。

239 相關的立法及批判參見劉晏齊，前揭註 234，頁 118-140。

doi:10.6342/NTU202402509

綜上，我們可以觀察到社會對於兒童保護的訴求其實是隨著社會發展而越趨強烈而全面的（從避免兒童受虐到追求兒童最佳利益），而自 1960 年代以來兒童福利倡議者在提及「兒童權利」時，其實指涉的內涵也不盡相同，使得當代的「兒童權利」欠缺明確、統一的定義，而可涵蓋未成年人的不同需求。若觀察美國文獻上對於兒童權利的理解，本文認為大致可以區分為考量兒少自主需求而採取「自由／解放取向」的理論以及重視兒少的保護需求而採取「保護取向」之兩種論述取徑，以下本文將分別予以介紹及分析。

第二項 自由／解放取向

受到 1960 年代追求自由、解放的風氣影響，兒童權利倡議出現了可說是最為基進的派別，即強調兒童長期受到成人的壓迫，並主張兒童也應該享有與成人同等的自由權利，其中最具代表性的人物即為心理學家 Richard Farson。Farson 認為，現代「兒童」及「童年」的概念其實可以說是成人基於自己的想像或期待所建構的[240]，而成人基於此種單一的想像，亦期望兒童朝向同質的方向發展，反而限制了兒童真正的潛力，構成對兒童的一種壓迫[241]。Farson 強調「自決權」與「自由」密不可分，兒童也應該擁有以自決權為核心的權利[242]。質言之，自 17 世紀以來兒童所象徵的天真、無助形象成為其自決權被限制的理由，然而對於兒童自決權的限制卻可能使得兒童的潛力根本無從發揮，也無從準確地被評估，反而加強了兒童的固有形象，形成一種惡性循環；相較之下，Farson 認為賦予兒童自決權固然會對兒童造成某些風險，但卻可能好過現代對於兒童的限制或對其能力的剝奪，後者對兒童造成的身體、情緒等傷害可能更為劇烈[243]。

---

[240] RICHARD FARSON, BIRTHRIGHTS: A BILL OF RIGHTS FOR CHILDREN 17-25 (1974). 另外，就「童年」概念主張此種建構觀點者，最具代表性的論述可參 PHILIPPE ARIÈS, CENTURIES OF CHILDHOOD: A SOCIAL HISTORY OF FAMILY LIFE 15-133 (Robert Baldick trans., Jonathan Cape Ltd. 1962) (1960).

[241] *Id.* at 24-25.

[242] *Id.* at 27-28.

[243] *Id.* at 29-33.

doi:10.6342/NTU202402509

以此為基礎，Farson 列舉了幾種特殊的權利類型加以分析，來說明解放兒童的目標。例如兒童應該享有「資訊權」（right to information），即不應過度限制兒童得以取得何種類型的資訊，否則形同對於無法取得特定資訊的兒童產生排除作用，同時兒童也應該對於自身資訊的提供與否擁有決定權，就此，家長固然可能期待得知子女的資訊，惟兒童應有拒絕答覆的權利[244]。其次，兒童也應該享有性自由（right to sexual freedom），即選擇參與或拒絕性活動的權利，也包含取得性相關資訊的權利。對 Farson 而言，沒有疑問的是，兒童與成人同樣會因為非自願的性活動而受到傷害，因此當然必須賦予兒童拒絕參與性活動的自由權，不過在此之外，社會基於「保護兒童」的心態而對於某些牽涉未成年人的性活動或性教育採取特別負面的態度（如成人與兒童的合意性行為、亂倫等），對兒童反而可能是更大的傷害[245]。

此外，Farson 還主張應該賦予兒童經濟權利（right to economic power），具體而言包含工作權及支配財產所需的權利，例如進入契約關係以及提起訴訟[246]；兒童也應該擁有政治參與的權利（right to political power），理由在於兒童本就是民主社會的一員，成人無意也無法完整地替兒童發聲，也因此兒童必須擁有投票權，「能力不足」不應該成為剝奪其投票權的理由[247]。

總體而言，Farson 否定長期存在於親子間的「控制」關係，認為當代各種保護取向的立法無視於兒童的自決權利，往往適得其反而惡化了兒童的處境[248]。固然 Farson 承認解放兒童不可能沒有任何負面效應，且在兒童真正取得這些權利之

---

244 *Id.* at 83-95.

245 *Id.* at 129-153.

246 不過 Farson 也認為，在兒童尚年幼時（如 2 個月大的嬰兒），仍然需要透過某些代理人或機構來管理兒童的財產，惟與現有制度不同之處在於其基礎應該是兒童的解放，兒童在能力上的欠缺只是代表制度上必須採取額外的手段來確保兒童的權利。*Id.* at 154-173.

247 詳言之，Farson 指出不僅成人可能也同樣欠缺理性思考的能力，而且縱使能夠設計出一套篩選具備投票能力者的制度，其標準也極有可能排擠欠缺語言能力與取得特定資訊、教育的族群而成為菁英主義的產物，因此「能力」根本不應作為擁有投票權與否的判準。*Id.* at 175-183.

248 *Id.* at 196-197.

doi:10.6342/NTU202402509

前，我們也無法確定其可能引發的後果，惟其仍相信兒童解放一途的前瞻性被低估[249]。況且解放兒童也並不代表對兒童撒手不管，成人仍然可以對兒童的行為發揮影響力[250]。Farson 在其論述中常常以女性群體作為對比，對 Farson 而言，正如女性在爭取財產、投票等公民權利曾經受到的質疑一般（例如認為女性無法做出理性決策），兒童也正在經歷同樣的壓迫，其被賦予公民權利的需求也同樣需要被正視。如此一來，不僅兒童能夠擁有真正的自由，家長及家庭也能從對兒童的沉重責任中被解放出來[251]。

Farson 的觀點並非曇花一現，近年來論者如 Samantha Godwin 也同樣認為當代兒童並未受到平等保護而仍有處於被壓迫之從屬地位的疑慮。首先，Godwin 同樣認為童年或兒童的「幼稚」（childishness）形象並非完全源自於其先天的特質而可能有社會建構的成分，或者說可能是社會為兒童設定特定形象後所導致的結果[252]。申言之，隨著近代腦科學領域的發展，已有證據顯示人的大腦是不停變化的，並不止於青少年時期，例如最常被提及用以證明青少年的大腦仍處於發展階段的「髓鞘」（Myelin），其實直到成年後甚至到中年為止都還處於持續發展的進程（又稱「髓鞘化」）[253]，至中年以後才開始衰退。此外，也開始有學者指出，青少年的行為與腦部結構至多只能說有相關性，而尚無法證明具備明確的因果關係，反倒是研究已經顯示外在的活動或成長環境都可能影響腦部的發展，因此青少年的行為模式並不能直接歸因於其腦部構造發展尚未完全或是與成人存在先天的差距[254]。

---

[249] *See Id.* at 220-227.
[250] *Id.* at 4-5.
[251] *Id.* at 13-16.
[252] Samantha Godwin, *Children's Oppression, Rights, and Liberation*, 4 NW. INTERDISC. L. REV. 247, 260-261 (2011).
[253] George Bartzokis, *Age-Related Myelin Breakdown: A Developmental Model of Cognitive Decline and Alzheimer's Disease*, 25 NEUROBIOL. AGING 5, 6-9 (2004). 另參 NICHOLAS KARDARAS, GLOW KIDS: HOW SCREEN ADDICTION IS HIJACKING OUR KIDS–AND HOW TO BREAK THE TRANCE 63-66 (2016).
[254] Robert Epstein, *The Myth of the Teen Brain*, 17 SCI. AM. MIND. 57, 60-63 (2007); KARDARAS, *Id.* at 63-66.

doi:10.6342/NTU202402509

並且，Godwin 認為，縱使未成年人與成人存在生理構造上的差異，也不必然能導出區別對待或拒絕賦予未成年人基本權利的結論，如同性別、種族的生理差異亦不妨礙女性、黑人等群體取得公民權利[255]。不過，為了解決以自主決定權（decisional autonomy）來理解權利可能面臨未成年人（尤其是幼兒）是否具備充足決定能力的難題，Godwin 建議應該以「身體自主權／身體完整權」（bodily integrity）來理解個人權利，即他人能夠多大程度地強制干預他人的身體與自由[256]。據此，兒童得以受到平等保護，並不以其具備充分的決策能力為要件，並且所謂的平等權也不表示兒童實現權利的方式必然與成人相同[257]，而必須考慮兒童的特殊需求進行制度上的調整，換言之，所謂的平等並非僅是形式上的平等。

具體而言，Godwin 將未成年人區分為三種類型，其一為已經足以自行應付、面對日常生活的情境並作出理性決策者，這類的未成年人無疑應該取得與成人相同的權利；其二為尚無法完全自主地生活或做決定的未成年人；其三則是還不足以表達、闡述需求或理解旁人建議的嬰幼兒[258]。對於屬於第三種類型的嬰幼兒而言， Godwin 指出就如同陷入昏迷的病人一般，此時僅能依賴嬰幼兒以外的第三人代為決定，不能說是侵犯嬰幼兒以身體自主權為核心的基本權利。

至於屬於第二種類型的未成年人，則應該允許他們透過類似「代理人」（agent）的角色來取得決定權。詳言之，根據學者 Howard Cohen 的看法，固然多數未成年人與成人相比較欠缺理性決策所需的生心理、智力條件，但這個差異可以透過「借用能力」（borrow capacities）來弭平[259]。所謂「借用能力」是指，如同成人在面對金融、法律、醫療等涉及專業領域而難以自行做出決定時，同樣需要仰賴醫師、律師等專業人士的協助，未成年人同樣也可以透過向成人「借用

[255] Godwin, *supra* note 252, at 262-263.
[256] *Id.* at 268. Godwin 的概念參考自學者 Eileen L. McDonagh 於 1996 年的著作中提出的想法，可參 EILEEN L. MCDONAGH, BREAKING THE ABORTION DEADLOCK: FROM CHOICE TO CONSENT 6 (1996).
[257] Godwin, *supra* note 252, at 271-272.
[258] *Id.* at 271-274.
[259] HOWARD COHEN, EQUAL RIGHTS FOR CHILDREN 56-73 (1980).

doi:10.6342/NTU202402509

能力」，諸如基於兒童欠缺經驗而提供適當的建議等方式，來協助未成年人決定其生活事項[260]。依此，對於這類型的未成年人，不應任意允許成人凌駕未成年人自身的行為決定。

本文認為，解放兒童的論述以「自由」為核心，將未成年人視為主體來看待，並指出保護性的立法將未成年人「幼體化」（infantilization）反而抑制了未成年人的發展[261]，也給未成年人帶來更多不必要的傷害，固有其見地。然而，這個觀點仍然存有一些疑義，其錯失的核心問題之一就是行使自由權利所必然可能承擔的責任與義務。詳言之，這類解放兒童的觀點似乎過度致力於賦予未成年人權利，而忽視了未成年人相應需要承受的責任。Farson 指出未成年人應該可以自由地與他人訂立契約、提供勞務獲取報酬、提起訴訟等等，這些當然都有助於未成年人取得財產利益並以此鞏固自己的獨立性。然而，未成年人同樣也會因行使自由而負有債務或負擔，此時不清楚的是這些隨之而來的責任是否應該由未成年人全盤接受？舉凡未成年人與他人訂立鉅額契約，其負擔之債務金額可能超出未成年人所有財產所能負荷的範圍，或未成年人同意他人為傷害自己的行為，可能使得未成年人承受程度不一的身體傷害等，此類情形在現行法下基於對未成年人自主能力及範圍的保留，可能認定未成年人的決定不具法律效力，透過契約無效或者使他人成立犯罪等方式來避免未成年人負擔超出其承受能力範圍的責任或不利效果，但解放兒童的論者對此卻未置一詞，不但未說明權利與負擔之間的關係，也並未就如何看待可能的不利後果提出具建設性的處理方式。事實上，此時關鍵的問題便是，兒童所做的決定是否完全是出於其行使自由的結果？所謂的自由，是否只能形式的理解為「不受限制的任意行為」，從而只要兒童存有意志，便可以將其依照意志而驅動的行為均歸屬於兒童自行承受？

---

[260] *Id.* at 56-75.

[261] 另參 ROBERT EPSTEIN, THE CASE AGAINST ADOLESCENCE: REDISCOVERING THE ADULT IN EVERY TEEN 161 (2007).

doi:10.6342/NTU202402509

尤其在兒童解放論者的觀點中，除了排除欠缺基礎表達、理解能力的嬰幼兒外，其餘的兒童及青少年所取得的權利似乎並無顯著的不同。若然，不論兒童或青少年均一律承擔伴隨權利的義務及負擔是否是兒童解放論者所樂見（對於兒童承受義務或責任的拒斥可能也會被論者認為是一種幼體化的迷思）？若否，則單純享受財產利益而被免除相應責任的未成年人，不過就是被賦予特權而在其受利益的範圍內受到保護而已，這樣還能夠被認為是真正的解放或自由嗎[262]？

讓兒童承受權利背後的負擔之所以讓我們感到遲疑，更為根本的原因可能在於，要完全弭平未成年人與成年人之間的差異，除了在某些生心理發展已接近成年門檻、與成人無異的青少年身上較無爭議之外，至少對嬰幼兒、年幼的兒童或是剛邁入青少年階段的未成年人來說，可能都還是過於牽強。兒童解放論者如Godwin在其文中也指出所謂的平等保護仍然必須考量兒童的特殊需求，例如在訂定契約時可以透過「顯失公平原則」（unconscionability）使得契約條款無效或無法強制執行，來保護處於不對等締約地位的兒童[263]。然而值得懷疑的是，有鑒於多數兒童或青少年可能高度缺乏社會經驗，則此種保護手段是否將廣泛甚至全面地運用於未成年人之上（即認為未成年人與成年人的契約必然處於締約地位不對等的關係）？若然，則這種作法形同預設兒童與成人的決策能力並不相同，並且將從後設觀點以客觀第三人的角度判斷契約內容是否顯失公平或者對兒童過於不利，似乎又沾染上了保護取向的色彩，從而似乎再次凸顯了未成年人與成人的不同之處而有與兒童解放之基本路線相互矛盾之虞。

此外，Godwin 與 Farson 最大的不同之處在於其似乎並不認為未成年人（除幾乎與成人無異、處於青春期後期的青少年以外）有充分的決策能力。Godwin援用 Cohen 的觀點，基於尊重未成年人的身體自主權，聲稱兒童或青少年得以「借

[262] 例如反對將青少年「幼體化」的學者 Robert Epstein 雖然認為青少年的能力是被低估的，而應該糾正此種現象，不過 Epstein 也強調其理論並非要提倡賦予青少年更廣泛、毫無限制的「自由」（freedom），毋寧是主張應該賦予青少年相應的「責任」，亦即在青少年具備足夠能力的前提下，承認青少年也能擁有附帶責任的權限（authority）。*Id.* at 336-339.

[263] Godwin, *supra* note 252, at 301.

doi:10.6342/NTU202402509

用」成人的能力來取得充分的自主決策能力，預設了此時未成年人需要依靠他人的協助來做出與自身相關的決定，Godwin 認為，這與成人「借用」律師、醫師等專業人士的專業能力來做出相關決策並無不同。不過本文認為，這樣的說法值得懷疑。成人固然可能缺乏對於特定專業領域的知識，惟事實上沒有人能夠在任何事項上取得完整的資訊，因此在個人的認知功能達到社會或規範所認可的程度而無明顯欠缺時，我們將信任個人能夠大致認識到自身處於何種資訊欠缺狀態、自行判斷是否向外尋求擁有充分資訊之人的協助以及應該尋求哪些對象的幫助、也得以自行就現有的有限客觀資訊進行利益衡量，從而做出有效、需自我負責的決定。

然而，如果未成年人在面臨行為決定時所缺乏的，是存在於未成年人自身、某種至關重要的獨立思考能力，則未成年人首先是否確實會向可靠的代理人諮詢、尋求意見便已值得懷疑，換言之，這種看法其實就「未成年人是否具備能力」可能已經存在內部的矛盾[264]。況且，Cohen 和 Godwin 都強調代理人只是輔佐的角色，不能凌駕或取代未成年人來做出最終決策，則所謂的代理人實際上能做的只是提供未成年人經驗性的資訊而已，縱使強制未成年人尋求代理人的意見，如果未成年人缺乏的是根本上的衡量利弊、理解行為風險並計算損益等內在能力，此等能力根本無從向他人「借用」，最終所謂「借用能力」的說法只是一種修辭而已，未成年人實難以透過所謂的代理人而「一步登天」。且這樣的論點也不因為 Godwin 以「身體自主」取代「自主決定」來理解兒童權利而有異，對本文而言，所謂身體自主權只是行動者自主決定的其中一個領域而已，兒童的智識

[264] 部分批評見解即指出，如果未成年人已經具備決定的能力，其為何需要一個代理人來分析各種選項的利弊？反之，若未成年人並無決定的能力，則其又如何能夠有效地判斷應該由誰擔任代理人？參 Francis Schrag, *Book Review: Equal Rights for Children*, 1 LAW & PHIL. 159, 160-161 (1982). 本文認為，關鍵仍然在於必須釐清未成年人具備與不具備的「能力」到底是什麼，才能判斷未成年人是否能擁有自主決定權，以及代理人確切要提供協助補足的部分為何。

doi:10.6342/NTU202402509

能力仍然可能影響其行使身體自主權的有效性，而此處的重要問題正是在於兒童是否被承認能夠有效地就關涉自己身體變動的問題作出有效的決定。

綜上所述，縱使科學證據能夠證明人的心智發展並不僅止於 18 歲成年時，或者能夠證明處於青春期階段晚期的未成年人的認知能力或理性行為決策能力與成年人的差異並不大，然而若承認個人的認知或決策能力原則上是隨著年齡而持續成長，則可以確定的是非處於青少年後期階段的未成年人，其腦部的發展與成人可能仍有一定的落差。據此，如果要將脫離嬰幼兒時期的兒童及青少年所具備的認知能力鐵板一塊地與成人的認知能力劃上等號，似乎仍欠缺有力的科學證據加以支持。反過來說，如果要賦予未成年人獨立的自主決定權，則可能需要更加具體地確認行為決定涉及哪些重要能力，而這些能力在不同年齡層中又呈現如何的分佈與差異，才能確定應該如何看待不同年齡層的未成年人以及是否應該賦予完整的決策能力。更直接地說，兒童之能力長期被低估，與兒童具備與成人相同的決策能力實在分屬二事，兒童解放論述最大的弱點在於其僅是抓著「兒童被建構為無能之人」的意識形態不放，卻無法正面地說明兒童何以具備與成人同等的能力[265]。

第三項 保護取向

承前，兒童解放論述雖然主張其改革方向能夠改善兒童的處境，惟其似乎過於簡略地帶過兒童與成人的差異，且對於兒童可能因取得之權利而相應承受的責任與不利益保持緘默，導致其為兒童所構築的理想世界不免顯得不切實際。在上開問題未得到解決之前，未成年人似乎更可能因為被賦予完整的公民權利而面臨困境，其對於社會可能造成的負面影響也並非微乎其微[266]。因此，兒童解放的論

[265] DAVID ARCHARD, CHILDREN: RIGHTS AND CHILDHOOD 75 (2nd ed. 2004).

[266] 論者指出 Howard Cohen 試圖訴諸既存社會的穩定性來說明部分兒童縱使做出不負責任或荒謬的決定，也不至於給社會帶來過度負面的影響，可能是過於簡化而不具說服力的看法。*See* Amy H. Kastely, *Review of Equal Rights for Children*, 6 AM. B. FOUND. RES. J. 1172, 1176-1178 (1982).

doi:10.6342/NTU202402509

述並未成功引起太大的迴響，自各種兒童福利倡議運動以來佔據主導地位的仍是側重「保護」未成年人的策略。而即使是可以大抵被歸類在「保護」取向的兒童權利論述，其內涵也不盡相同，以下分述之。

第一款 脆弱的兒少

第一種常見的「保護觀點」是從兒童的脆弱性與需保護性出發，追求兒童的健全成長，而這樣的發展實有其獨特的歷史脈絡。前曾提及，早期兒童可以說被視為是家父長的附屬品而由家父長取得完全的控制權及各種有關子女的人身、財產上利益，家父長確實被賦予某種教養子女的道德義務，但子女並沒有因此取得相應得以主張的權利。論者指出，最初對於兒童的保護似乎更加著眼於維護家父長的利益，也就是兒童的利益在同時對家父長有利的情況下才會受到法律保護，並且除非兒童的福祉受到嚴重的威脅，否則家父長的權利仍然是至高無上的[267]。這種以成人為中心的兒童權利觀點，導致兒童可能不被視為得以主張權利者，或是只有在與成人的權利相一致的範圍內才能反射或附帶地受到保護，例如家長權雖然可能有助於實現兒童的利益，然而在成人為中心的觀點下，所重視的毋寧仍然是家長權為成人帶來的好處[268]。

此外，縱使法規範對於家長權施加限制，也可能是出於某種維持社會秩序的考量，例如擔心兒少的道德敗壞、放蕩或對宗教的不敬態度可能導致其拒絕遵從普世的社會價值等而剝奪父親的監護權，亦即為了避免兒少從家長那裡習得可能有害於社會的習慣或思想，而剝奪家長對其子女享有的控制利益[269]。無論如何，從歷史的角度來看，早期對於兒少利益的維護並非以兒少為中心，而毋寧只是一種策略性的做法或者附隨結果。

---

[267] John Eekelaar, *The Emergence of Children's Rights*, 6 OXF. J. LEG. STUD. 161, 162-168 (1986).

[268] Harry Brighouse, *What Rights (If Any) Do Children Have?*, *in* THE MORAL AND POLITICAL STATUS OF CHILDREN 31, 32 (David Archard & Colin M. Macleod eds., 2002).

[269] Eekelaar, *supra* note 267, at 168-169.

doi:10.6342/NTU202402509

然而隨著兒童形象的轉變與兒童保護運動的倡議，近代所注重的兒少利益已轉向以兒少為本位的思考模式，在肯認兒少與成人的確具備重要的認知能力差距之前提下，強調兒少存在有別於成人的特殊需求，兒少利益的實現更是國家必須追求的目標。19 世紀左右開始，除了舊時環境惡劣的貧民救濟所（almshouse）逐漸發展成較能滿足兒童基本生活需求的孤兒院（orphanage）外[270]，各州也開始建立收養制度（adoption），在足以證明領養對兒童有利的情況下，允許兒童被帶離通常處於較低社經地位的原生家庭，此並發展為寄養服務，並成為當代兒童福利系統中最重要的服務方案之一[271]。並且，隨著有急迫福利需求的孤兒數量大幅下降，兒童福利系統也將其工作的重點目標擴展到受忽視或沒有受到妥適照顧的貧困兒童[272]。

伴隨著 19 世紀兒童的神聖化或情感化，同樣重要的是醫學領域的發展如何強化了兒童的保護需求。許多學科在進步時代經歷了「專業化」（professionalization）歷程，亦即各領域內的專家追求高度的自主性以及建立不受挑戰的權威地位，兒童研究也不例外，人們認為透過拯救兒童可以在未來對社會產生正面影響，兒童可以說是社會的希望，而有必要對兒童的生活投以更高的關注[273]。從而隨著心理學領域的發展，對於兒童的研究也越來越豐富，許多學者致力於透過科學研究發展出家長教育的方針或技巧，緊接著兒童輔導（child guidance）、兒童精神醫學（child psychiatry）等專業領域也合流為兒童倡議提供了莫大的助力[274]。是以，20 世紀初期以來的兒童倡議目標在於培養健康健全（包含心理健康）的兒童，以使他們能夠長成有為的成年人[275]。

---

[270] DUNCAN LINDSEY, THE WELFARE OF CHILDREN 11-13 (2th ed. 2004).
[271] Appell, *supra* note 233, at 158.
[272] LINDSEY, *supra* note 270, at 40.
[273] Joseph M. Hawes, THE CHILDREN'S RIGHTS MOVEMENT: A HISTORY OF ADVOCACY AND PROTECTION 28-29 (1991).
[274] *Id.* at 61-62.
[275] *Id.* at 62.

doi:10.6342/NTU202402509

另一方面，兒童受到人身虐待（abuse）的嚴重性在 20 世紀後期也正式受到廣泛的關注。學者指出，雖然兒童遭受家暴的問題從 19 世紀末期即已「被發現」，且大眾也對於嚴重的家暴案件感到憤怒，但相較於當時的棄嬰及孤兒問題，這類案件仍屬少數，再加上證明困難，使得兒童福利系統直至 20 世紀初期仍將重心置於為無家可歸、受到忽視而無法自立或有成為少年犯危險的兒童提供保護與照顧[276]，著重在協助家長實現養育子女的義務，家暴問題時常僅被視為是親子問題所引致的一種互動事件而已[277]。然而，到了 1960 年代中期學者開始發表兒童受暴的相關研究，包含 C. Henry Kempe 醫師提出著名的「受虐兒童症候群」（Battered Child Syndrome）來說明兒童虐待可能對兒童造成的傷害特徵[278]，在此之後，各州也陸續制定了義務通報的規範，且符合通報條件的行為類型也越加廣泛，例如要求包含忽視行為及情緒或精神虐待行為的通報[279]，最終使得兒童福利系統的工作重心轉向以調查並介入兒童受暴案件為主[280]。

綜上所述，早在近代的兒童權利論述之前，對兒童需求的關注就已經存在。最初兒童的利益雖然被與成人（家父長）的利益劃上等號，但在社會控制的需求日益升高的情況下，為了端正那些不遵從主流價值的兒童之品格、態度及行為，兒童開始被視為可以與其原生家庭或社群分離，並逐漸發展為兒童對於特定成長環境享有某種權利，且可以由國家從科學或法律的角度判斷何種家庭環境對於兒童最有利[281]。沿襲此種保護兒童健全成長的觀念發展，現代的兒童醫學更確立了兒童的身心均仍在發展中而尚不完全，其生理構造與心理狀態都存在高度的脆弱性，同樣的行為或情境對於兒少可能造成比成人更嚴重的傷害或後遺症，鞏固了

[276] LINDSEY, *supra* note 270, at 124-125.
[277] *Id.* at 125.
[278] *Id.* at 122.
[279] *Id.* at 122.
[280] *Id.* at 126-127.
[281] Appell, *supra* note 233, at 160.

doi:10.6342/NTU202402509

兒童的特殊性、脆弱性及需保護性，也導致主流的兒童權利論述均圍繞此前提而展開。

據此，除了兒童與成人共享的權利（Joel Feinberg 將其稱之為「A-C Rights」[282]），例如其身體或財產享有不受到他人攻擊、剝奪的權利外，主流意見更重視的部分在於兒童基於其依賴性而享有其他更為積極的權利。在此，許多學者認為透過利益理論（interest theory）來理解權利，相較於意志理論／選擇理論（will theory/choice theory）更能解釋兒童權利的本質，也就是將「權利」定義為對於個人基本利益的保護，始能避免將兒童排除在權利主體之外[283]，Joel Feinberg 即指出自主權屬於成人才享有的權利（A-Rights）[284]。基此，兒童所具備的最重要權利之一，即為「福利權」（welfare rights）[285]——舉凡住所、教育、基礎醫療保健等屬於個人生活必須條件之一的事項，欠缺自立能力的兒童自然都必須享有這些利益，而無關乎其「選擇」。此也可被稱為是一種依賴權（dependency rights），Joel Feinberg 將其歸類為兒童所享有的特有權利之一（C-Rights），指出成人僅有在特殊的例外情況下才會被賦予此等權利。

惟兒童與成人不同之處在於成人尚具備「能動權」（agency rights），亦即成人雖然也具備這些基礎物質需求，但成人能夠基於充分的判斷力決定是否行使或主張這些福利權[286]。換言之，在成人的案例中，國家的任務是確保欲行使福利權的成人能夠取得相應的資源，但在兒童的案例中，國家卻應該積極地確保兒童確實取得這些資源，無關兒童或他人之意願[287]。進一步言，兒童所享有的福利權與自主權不同，其並不是由享有權利的兒童所行使，而是透過充分了解兒童需求的

---

[282] Joel Feinberg, *The Child's Right to an Open Future*, *in* FREEDOM AND FULFILLMENT: PHILOSOPHICAL ESSAYS 76, 76 (1994).
[283] Brighouse, *supra* note 268, at 37-38.
[284] Feinberg, *supra* note 282, at 76.
[285] Brighouse, *supra* note 268, at 38.
[286] *Id.* at 39.
[287] Harry Brighouse & Paula McAvoy, *Do Children Have Any Rights?*, *in* THE PHILOSOPHY OF EDUCATION: AN INTRODUCTION 74, 83 (Richard Bailey ed., 2010).

doi:10.6342/NTU202402509

選定代理人來實現，通常即是家長或國家[288]。換言之，兒童的福利仰賴家長與國家的作為，而無法由兒童自行取得，亦無放棄的餘地。

部分學者雖然批評權利概念的侷限性而反對將兒童的照護需求包裝成兒童權利，但結論上仍然肯認賦予他人照護義務的正當性。例如 Onora O'Neill 將「義務」區分為三種：其一為個人必須為「所有他人」作出的行動，例如不得虐待或猥褻兒童；其二為個人必須為「特定他人」作出的行動，即當義務人與權利人存在特定的關係時，義務人基於該關係所生的義務；其三為個人必須為「不特定他人」（但非所有人）作出的行動，例如對於兒童的關懷與照料。O'Neill 主張僅有前兩者能夠推導出相應的「權利」，因此屬於一種全然義務（perfect obligation），最後一種則需要仰賴制度安排來連結特定義務人與特定兒童，並不存在特定持有或得以主張權利者，而屬於一種不全然義務（imperfect obligation）[289]。詳言之，O'Neill 認為包含兒童在內的所有理性主體某種程度上都必須依賴別人的關照，因此理性主體並不會奉行一種拒絕幫助他人的原則，所謂的不全然義務就是宣示理性主體不得原則性地拒絕提供幫助，惟因現實上不可能要求個人為所有他人提供各種協助（賦予他人主張請求協助的權利），因此這樣的義務必然無法是全然義務[290]。

綜上，雖然少數學者並不認同「兒童權利」的用詞，而認為兒童實沒有主張受到積極照護的「權利」，然而基於對兒童脆弱性的肯認與重視，當代最為盛行的見解，其共通點都是認為國家或家長有義務實現兒童的福祉，以兒童的健全成

---

288 Brighouse, *supra* note 268, at 45-46.

289 Onora O'Neill, *Children's Rights and Children's Lives*, 98 ETHICS 445, 447-448 (1988).

290 *Id.* at 457-458. 相類見解如 Barbara Arneil 指出自由主義下的權利概念無法涵蓋兒童受照護的需求，甚至可能因為拒斥國家的介入而阻礙兒童此類需求的實現，進而認為相較於權利（Rights）、權威（authority）、法律地位（status）的討論，更應該關注兒童作為兒童的受照護需求，而非以成人為基準點，將兒童視為不完全的成人。Barbara Arneil, *Becoming Versus Being: A Critical Analysis of the Child in Liberal Theory*, *in* THE MORAL AND POLITICAL STATUS OF CHILDREN 70, 71-90 (David Archard & Colin M. Macleod eds., 2002).

doi:10.6342/NTU202402509

長作為共同體的責任之一，並且與成人不同的是，兒童福祉的貫徹實際上無關乎兒童的意願，因此不能僅止於提供機會或選擇。

第二款 自由主義與法律家長主義

兒少除了作為需要國家積極確保福利權實現的脆弱、被動個體之外，受到自由主義的影響，晚近見解基於多數兒少未來將可預期取得完整的認識能力，成為具備自主性的成人，而認為存在某種指向未來的兒少權利需要加以保護。儘管如此，這類論述仍然傾向拒絕直接賦予兒少某程度的自主權，也並未以兒少的自主權為中心來理解家長權，至多僅是用以說明家長權消滅的時點或強調對兒少的保護必須顧及其自主「潛能」，因此本文認為此種論述雖提及自主權，本質上似乎仍不脫「保護」的色彩。要之，採取自由主義觀點的論者雖然一向排斥國家對個人的積極干預，惟其仍可能透過對自由的詮釋來建構兒少保護的基礎。

第一目 自由主義者眼中的兒童

詳言之，傳統自由主義雖然主張人人皆為平等的主體，但其對自由或權利的賦予卻往往無法涵蓋到未成年人。代表性的古典自由主義學者 Locke 主張個人的自由以合乎「理性法則」（the law of reason）的行動為條件，因此欠缺理性者也無從藉由理性（reason）而獲得自由[291]。兒童與成人關鍵性的差異即在於兒童不具理性能力（或至少說是尚未顯現），隨著兒童逐漸成熟，其理性能力也會隨之發展，與此同時，形同一張白紙的兒童也必須透過教育來取得各種知識與經驗[292]。也因為兒童欠缺理性能力的事實，Locke 雖然肯認兒童最終仍是為平等而生，但也明確指出在兒童在童年階段並不享有如其父母所享有的平等狀態：

[291] ARCHARD, *supra* note 265, at 8-9.
[292] *Id.* at 4-5.

doi:10.6342/NTU202402509

"Children, I confess, are not born in this state of equality, though they are born to it."[293]

從而，家長自然而然取得以兒童的名義代替兒童行動的權限，並且 Locke 也認為這同時成為家長的義務，兒童在這個層面上享有受到保護照顧及教育的自然權利（natural right）[294]，更精確地說，家長的義務就是確保兒童能夠成為自主的成人並參與社會。相對而言 Locke 則不認為家長對兒童具備任何可主張的自然權利，其對兒童的權限也並非恣意[295]，並且理論上家長對於兒童的權限亦應隨著兒童理性能力的發展而逐漸削弱[296]。雖然 Locke 並不認為家長權屬於自然權利，但其認為家長基於對兒童天生的情感，將屏除自己的私人利益並以兒童的利益為依歸來行事，因此教養子女的任務仍然應該推定由原生父母來執行[297]，並且無須施加過多限制或干預。

相比之下，Jean-Jacques Rousseau 似乎較為正面地肯定兒童本質上所具備的自由意志。Rousseau 認為自然狀態下的個人其實是自由平等且獨立的，至人類隨著社會與自然環境的變遷進入社會狀態，開始聚集並頻繁與他人互動後，人的慾望開始顯現、社會也開始出現不平等，人與人之間才開始出現衝突[298]。並且，Rousseau 認為，人的本性是至善、純淨的，其中包含人具備「自由意志」（free will）。然而人類的原初性格卻可能隨著個人進入社會、與社會上的他人頻繁互動而受到抑制或污染[299]，也因此這些本性在嬰兒身上最為明顯[300]。在 Rousseau 的理論中，原初的自由應該是不受到任何限制，而有多種行動可能性的[301]，其與當

---

293 JOHN LOCKE, SECOND TREATISE OF GOVERNMENT §55 (Crawford Brough Macpherson ed., 1980), 1690.
294 ARCHARD, *supra* note 265, at 9-11.
295 SHULMAN, *supra* note 104, at 25-29.
296 ARCHARD, *supra* note 265, at 5.
297 *Id.* at 10-11.
298 莊婉婷（2005），《盧梭自然概念之教育蘊義》，頁 33-38，國立臺灣師範大學教育學研究所碩士論文。
299 莊婉婷，前揭註 298，頁 39-47。
300 莊婉婷，前揭註 298，頁 67。
301 *See* GERALD DWORKIN, THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY 105 (1988).

doi:10.6342/NTU202402509

代社會因人與人之間相互依賴而形成相互影響的特性並不相容[302]。為了解決這個悖論，Rousseau 在社會契約論一書中，主張「遵從自己所立之法」（obedience to a law one prescribes to oneself）同樣可以讓個人處於自主的狀態，而所謂「自我立法」的內容則是透過普遍意志（general will）來尋求，基於每個人都透過社會契約的方式參與組成公民社會，社會的集體意志作為個人意志的總和也必然不會侵犯到個人自主[303]。

在其著作《愛彌兒》（*Émile*）中，Rousseau 對於兒童的本質及適宜的教養方式皆提出了獨到的見解，為了保全兒童包含自由意志在內的善之本質，Rousseau 強調對兒童的教育應該是以兒童為本位，並且採取較為寬鬆、放任的手段，讓兒童能夠依照自己內心的驅使與親身經驗來學習[304]。不過，Rousseau 也指出這種放任並不是要讓兒童享有毫無節制的自由，教育者仍需發揮引導的角色，包含在必要時適時提供幫助（如：設置特定的物品或情境使得特定體驗得以可能）或避免依循兒童某些不適當的觀念或慾望[305]，父親對於子女則有將其培育為合群的人與公民的任務[306]。至於教育的內容則需要依照兒少發展的階段來決定，其中 Rousseau 認為人類的「理性」直至青少年時期才開始顯現，從而此時才有實施智性教育的必要性，並且應該篩選出少年此際能夠理解且對人類社會有所助益的知識作為教導內容[307]。至 15 歲之後少年開始產生性的自覺，就必須對其實施性教育，並且 Rousseau 認為不應使得少年過早接觸性事或產生性慾，以免有害其發育[308]。

---

302 DENBOW, *supra* note 3, at 29.
303 *Id.* at 29-30.
304 Julia Simon, *Jean-Jacques Rousseau's Children*, *in* THE PHILOSOPHER'S CHILD: CRITICAL ESSAYS IN THE WESTERN TRADITION 105, 106-109 (Susan M. Turner & Gareth B. Matthews eds., 1998).
305 *Id.* at 107-108.
306 劉蔚之（2017），〈盧梭自然主義的教育「自然」嗎？〉，林逢棋、洪仁進（主編），《請問盧梭先生：教育學核心議題（一）》，頁 5，五南。
307 莊婉婷，前揭註 298，頁 85-89。
308 莊婉婷，前揭註 298，頁 89-92。

doi:10.6342/NTU202402509

我們可以觀察到，Rousseau 雖然並未直接就家長權的正當性表達支持或批判，並且其也強調人類具備原初的自由與平等，但這個預設是否能夠套用到兒少身上其實並不清楚，然而其既否定兒少的理性能力，並且對於兒少所應接觸到的知識設下限制，要求教育者應該適時為兒少所能接觸到的有形／無形資訊進行妥適的安排，似乎傾向否定了兒少依其自由意志探索世界的可能，然而其在教育方式的理念提倡以兒童本位、最大程度地賦予兒童依自己心意來驅動學習，直至今日仍是重要的突破。然而不甚清楚的則是家長應該如何實踐其教育子女的義務，又被賦予何種權限為子女的生活進行安排。更為根本的難題在於在 Rousseau 的理論預設下，難以清楚說明未成年人如何進入社會契約並在此脈絡下達到自主，更何況社會契約論下要求個人遵從集體意志而行動，更與 Rousseau 提倡傾向放任兒童發展的教育模式有所扞格。並且，Rousseau 仍然要求教育者提供某些引導，顯然並非完全提倡任由兒童依照自己的自由意志來行動並探索各種可能性。從結論上來說，《愛彌兒》一書的尾聲也顯現出愛彌兒最終似乎處於與社會隔絕並且仍然高度依賴教育者的情況，與 Rousseau 在社會契約論中對於共同體與自主的關係理解有所落差[309]。

Immanuel Kant 則高度受到 Rousseau 的影響，其亦將「自我立法」（self-legislation）作為自由的本質及根基，並強調人永遠是自我目的，而不應工具性地被當作手段[310]。因此，Kant 認為理性的自律（autonomy）／自我立法能力應為權利的基礎，如此一來，兒童雖然仍然是自我目的，惟僅有成人能夠成為權利主體[311]，在政治領域中，Kant 還將公民區分為「積極的公民」與「消極的公民」，兩者的差異在於前者具備獨立性（因此具備自主性）而適於取得投票權，對 Kant 而言，女性與兒童正是因爲社會經濟上對男性的高度依賴性而無從被視為積極的公

309 Simon, *supra* note 304, at 114-117.
310 周漾沂，前揭註 177，頁 1000。
311 John Wall, *Human Rights in Light of Childhood*, 16 INT'L J. CHILDREN'S RTS. 523, 529-530 (2008).

doi:10.6342/NTU202402509

民[312]。質言之，Kant 理論中的家庭圖像呈現傳統父權主義的色彩，無論是妻子或子女似乎都是從屬於家父長之下的，可以說是一種特殊的財產關係[313]。

與上開學者相近的是，Kant 同樣認為兒童必須透過教養（Bildung）來克服非理性的天性，以激發其內在的道德自律能力[314]。具體而言，嬰兒的監護人必須為其處理食衣住行等基本需求，並且也僅止於此，接著到了幼兒階段則需透過管訓方式實施教育，不過除非幼兒做出有害於自己或侵犯他人的行為，否則應該盡可能使幼兒在所有事項上享有自由，最終目標是要讓兒童了解並接受自己的自由在某些情境下可能受到限制，並且 Kant 主張這個階段的兒童對於禁令的遵從主要還是來自於對於懲罰或可能惡害的畏懼[315]，換言之，Kant 並不認為對這個階段的兒童能夠「說之以理」。至兒童成長至大約 10 歲、具備一定的反思能力後，便可轉為積極地培養、教化，強調青少年能夠為了符合特定的社會角色與維持社會秩序，出於榮譽心而妥適地行動[316]。

另一方面，除了教育方式的建議之外，Kant 對於父母養育子女義務的實質內容則意外地嚴苛。Kant 認為父母選擇生育時並沒有也無從取得子女的同意，因此父母在子女出生後對其除了有物質上的扶養義務以外，還必須進一步負擔讓子女對其生活感到「滿意」的道德義務[317]。就前者而言，Kant 認為照護義務需一直持續到子女能夠自我照顧為止，且似乎只要子女無法自我照顧，這個義務便無從終

---

312 Alexander Bagattini, *Future-Oriented Paternalism and the Intrinsic Goods of Childhood*, *in* JUSTICE, EDUCATION AND THE POLITICS OF CHILDHOOD: CHALLENGES AND PERSPECTIVES 17, 21-22 (Johannes Drerup et al. eds., 2016).

313 Arnulf Zweig, *Immanuel Kant's Children*, *in* THE PHILOSOPHER'S CHILD: CRITICAL ESSAYS IN THE WESTERN TRADITION 121, 127 (Susan M. Turner & Gareth B. Matthews eds., 1998). 另參江玉林（2012），〈康德《法學的形上學基本原理》導讀：與當代法學的對話〉，《台灣法學雜誌》，105 期，頁 64。

314 Wall, *supra* note 311, at 530.

315 Paul Formosa, *From Discipline to Autonomy: Kant's Theory of Moral Development*, *in* KANT AND EDUCATION: INTERPRETATIONS AND COMMENTARY 163, 165-167 (Klas Roth & Chris W. Surprenant eds., 2012).

316 *Id.* at 168-169.

317 Heiko Puls, *Kant's Justification of Parental Duties*, 21 KANTIAN REV. 53, 54-57 (2016).

doi:10.6342/NTU202402509

止；至於後者，Kant 則未提出明確的終止條件或時限[318]，這樣的說法顯然隱藏以父母對於幸福的觀點取代潛在的自主兒少自己對於幸福觀點的危險[319]。綜合以上所述，Kant 的教育觀重視其道德與自律的培養，惟又同時期待父母能夠在兒少自立前滿足使兒童能夠感到快樂的一切需求，並且似乎也否定兒少具備完全的公民身分，從而在子女的意志可能對其自身或他人產生某些負面影響時，如何權衡理想教育的原則、對（至少較為年長）兒少自主性的尊重及確保子女幸福生活的高度道德義務，即可能產生疑義。

近代的自由主義論者對於兒少享有公民權或自由權同樣仍然抱持較為保守的態度，例如 Rawls 在其理論中甚少論及兒少的法律地位[320]，在 Rawls 的政治理念中佔據重要地位的「原初立場」理論（original position）亦預設理性的成人才能作為立約者而排除了缺乏理性能力的兒少[321]。

不同於上開學者大多傾向肯認自由本身作為最高或最重要的價值之一，John Stuart Mill 則被認為是採取效益主義（utilitarianism，或稱功利主義）導向的代表學者。Mill 雖然也肯認「自由」（liberty）的價值，但其也主張這種不干預的基本原則建立在個人擁有成熟能力（maturity of their faculties）的前提之上[322]。其基本觀念認為，兒童性格與情緒尚不安定、缺乏穩定而長期的目標、無法有效地規避風險等特質[323]，使兒童必須經由他人保護以免於受到自身行為或外部環境的傷害，從而被排除在享有自由的群體之外[324]。Mill 更明確指出兒童的行為縱使只關

---

318 *Id.* at 60-62.

319 *Id.* at 59-60.

320 Samantha Brennen & Robert Noggle, *John Rawls's Children*, *in* THE PHILOSOPHER'S CHILD: CRITICAL ESSAYS IN THE WESTERN TRADITION 203, 203 (Susan M. Turner & Gareth B. Matthews eds., 1998).

321 Williamson M. Evers, *Rawls and Children*, 2 J. LIBERT. STUD. 109, 109-110 (1978). 這也使得有關兒童的正義如何在 Rawls 的理論下獲得實現成為難以解決並存在分歧的問題，例如 Rawls 曾主張進入原初狀態的個人都是作為家庭的代表（representatives of family line），惟遭受強烈批評，例如女性主義者 Susan Moller Okin 就批評這種看法顯然無法處理家庭內部的不正義。可參 OKIN, *supra* note 211, at 95.

322 Susan M. Turner, *John Stuart Mill's Children*, *in* THE PHILOSOPHER'S CHILD: CRITICAL ESSAYS IN THE WESTERN TRADITION 137, 144 (Susan M. Turner & Gareth B. Matthews eds., 1998).

323 ARCHARD, *supra* note 265, at 94; *Id.* at 145-147.

324 John Kleinig, *Mill, Children, and Rights*, 8 EDU. PHIL. & THEORY 1, 2 (1976).

doi:10.6342/NTU202402509

涉到自己（self-regarding），仍然有被禁止或干預的正當性[325]，此與 Mill 理論中對於成人的自由觀大相徑庭。Mill 還提到，不受干預的自由只能適用於能夠透過不受拘束且平等的對話（free and equal discussion）來促使自我改善者，兒童或基於其尚未產生任何原初觀點，或基於其可能無法遵守和平協商的原則[326]，使得尚無自我治理能力的兒童，只能出於偶然或他人干預的結果來取得進步，而喪失透過賦予個人自由來促使個人自我改善的意義[327]。

綜上，雖然自由主義流派所提倡的平等價值在當代政治哲學中佔有一席之地，不過其對於個人自由權利能否擴張到兒少身上仍然抱持較為否定的態度。儘管如此，我們仍然能夠從學者的論述中，觀察到幾個重要的事實。首先，兒少雖然沒有如同成人一般廣泛的自由領域，但無論是 Rousseau 或 Kant 都認為家長或教育者應該給予兒少適度的自由空間，也就是避免對兒少生活中的所有行動加以控制與介入，若要加以干預，也應該隨著兒少心智的成長而選擇較為溫和的方式作為手段，也就是從消極地管束轉為積極地透過遊戲或問答等方式來引導之，培養其道德或獨立思考能力。再者，有鑒於兒少普遍缺乏自立及自決的能力，其行為最終可能導致自傷或其他影響未來順利參與社會之可能性的結果，不同於成人原則上需就自損行為自我負責，最終論者似乎都傾向認為兒少仍然需要透過家長或其他成人來替其安排生活，以確保兒少能夠安全地成長，成為健全或具備自主能力的成人，這樣的立場在近代被稱為「家父長主義」（paternalism）觀點，並廣泛出現於兒少權利的相關論述中。

第二目 法律家父長主義之類型與正當性基礎

「家父長主義」可以大致被定義為「全然出於被干預者的福利、利益、幸福、需求等而干涉其行動自由」[328]的情形，此處可以先指出的是，正如本文嗣後

[325] *Id.* at 2.
[326] Turner, *supra* note 322, at 146-147.
[327] Kleinig, *supra* note 324, at 6.
[328] Gerald Dworkin, *Paternalism*, 56 THE MONIST 64, 65 (1972).

doi:10.6342/NTU202402509

即將指出的，所謂「出於被干預者的福利或利益」之實質內涵，也就是家父長主義的正當化理由，解釋上仍存在分歧，並不必然是連結到多數人所肯認的客觀利益。而相較於主流意見大多不爭執未成年人多多少少需要受到家父長主義式的干預與保護，規範對成人的決定採取家父長主義之正當性長期受到質疑與批判。理論上，自由主義者對於法律家父長主義應是採取反對、批判的態度，Mill 的「侵害原則」（harm principle）便堅定地傳達了國家僅有在個人的行為侵害他人時才能加以介入，否則個人不應受到任何干涉[329]。然而，如同先前所提及的，Mill 也承認某些例外，包含未成年人在內，因此要說自由主義與家父長主義必然互斥，可能言之過早。以下便先介紹文獻上對於家父長主義的理解與類型，作為後續討論其如何適用於未成年人以及反思其於刑法規範上之功能的基礎。

就家父長主義的類型，文獻上有許多不同的分類，第一種分類方式——也是最重要的區分——便是「硬性家父長主義」（hard paternalism）與「軟性家父長主義」（soft paternalism）。傳統的法律家長主義（legal paternalism）指涉得對象是硬性家父長主義[330]，其允許以刑法規定禁止成人做出特定自損行為，即使該行為是出於行動者完全的自主意願亦同[331]；後者則認為僅有在個人的行為是實際上出於「非自願」時才能加以干涉，也因為其目的並非追求對行動者來說最大的福祉或利益，因此論者指出這個見解嚴格來說並非家父長主義的範疇[332]。部分論者甚至認為，在軟性家父長主義之下，禁止行為人所做出的非自主自損決定，其實可以與侵害原則加以整合[333]，亦即將行為人出於非自願的決定視為來自外部的侵害。不過在行為人的自損行為是由自己所實施（而非由他人獲得同意而為傷害行

329 JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 18-19 (The Floating Press 2009) (1909).
330 JOEL FEINBERG, HARM TO SELF 12 (1986).
331 *Id.*at 12.
332 *Id.* at 12.
333 Tom L. Beauchamp, *Paternalism and Bio-Behavioral Control*, 60 THE MONIST 62, 67 (1977).

doi:10.6342/NTU202402509

為）的情境中，實不存在「他人」所造成的傷害，從而要直接將此種情形劃歸為侵害原則的範圍可能過於牽強[334]。

第二種常見的分類方式為區分「直接家父長主義」（direct paternalism）與「間接家父長主義」（indirect paternalism）[335]，前者指自由受到限制之人與因該限制而受益之人同一的情形；後者則指規範為了保護當事人的利益，而限制他人的自由，例如為了保障 A 的健康，而禁止或限制 B 販售香菸方式的規範[336]。並且，依照 Gerald Dworkin 的看法，在間接家父長主義的案例中，由於 B 並非規範所要保護從而受益之人，雖然對於 B 來說，可以透過「防止其行為對他人造成傷害」來取得限制其自由的正當性，然而這個傷害其實可以透過 A 的自主決定來迴避，因此對於 B 施加行動自由的限制必須有比起侵害原則更堅實的正當化理由[337]。

至於如何說明家父長主義的正當性基礎，學理上則呈現百家爭鳴的情形。**第一種**證立途徑是從「效益主義／功利主義」的觀點，一言以蔽之，允許家父長式的介入可能是利益最大化的選擇。必須說明的是，採取效益主義的代表學者 Mill 傾向以侵害原則為國家干預之最低門檻而採取反對家父長主義的立場，不過其理由應該並非單純基於效益主義式的推理結果。詳言之，Mill 主張個人理當是最在意自身福祉，也是最了解自己的情緒、處境等相關條件的人，從而在不違犯侵害原則的前提下，尊重個人的自我決定似乎是提升個人乃至於總體福祉最妥適的手段[338]。惟這樣的看法似乎是一個不切實際的假設，因為難保所有人均是在充分了

---

334 FEINBERG, *supra* note 330, at 13.

335 *Id.* at 9-10. 此分類最初來自 Gerald Dworkin，其係以「純粹家父長主義」（pure paternalism）與「不純粹家父長主義」（impure paternalism）稱之，惟 Feinberg 的用語似乎較能直觀地呈現理論內涵，因此此處仍參考 Feinberg 使用直接／間接之稱呼。Dworkin 的分類可參 Dworkin, *supra* note 328, at 68.

336 FEINBERG, *supra* note 330, at 9-10; Dworkin, *supra* note 328, at 68.

337 Dworkin, *supra* note 328, at 68. 認為所謂直接／間接家父長主義僅是現象上區分而無規範上意義的見解，可參吳宗奇（2023），《白玫瑰刺傷了誰？：以刑法第 227 條為中心反省純潔童年形象之建構》，頁 180，元照。

338 Dworkin, *supra* note 328, at 71-72.

doi:10.6342/NTU202402509

解自己的情況下做決定[339]，也不是所有人都擁有一個穩定或明確的幸福圖像[340]。因此，較為合理的解釋應該是求諸 Mill 對「自由」本身的推崇，Mill 在其論著中似乎也隱含其認為個人的自主選擇本身即有價值，而不見得與其選擇的內容或結果有關[341]。無論如何，即使 Mill 本人係採取反對家父長主義的立場，惟既然家父長主義的介入係為促進被干預對象的個人福祉，則單從效益主義的角度來說，即無法排除特定家父長式的介入可能符合總體利益最大化的目標[342]。

即使如此，單從上述我們便可以發現，如何計算「干預」與否所造成的利弊其實存在高度困難，從支持干預的角度來說，我們可以認為家父長式的規範可以促進被干預者更長遠的利益；但反對干預者也可以主張「自由」的內在價值不成比例地高過其他利益，否定當事人的自主決定（即使當事人並非處於完全冷靜、資訊充分的情況下）實際上將損害當事人的自尊或成長為自我負責主體的機會。要之，這種觀點除了會面臨難以大致將受干預者的各種現時、未來利益都加以量化的困難之外，各種利益的優劣也僅能求諸欠缺明確性、穩定性的「社會通念」，尤其若貫徹效益主義的觀點，顯然是將個人的價值臣屬於共同體的價值之下，使得個人的自由僅在符合社會價值時成為可能，呈現一種反自由的傾向。而若是試圖從 Mill 頌揚自由的線索出發，則這種進路也不再訴諸效益主義了。

第二種證立家長主義干預的理論是採取「理性者的假設同意」進路。Dworkin 認為家長主義式的干預可能透過某種「同意」來解釋其正當性，例如合理的家長式干預可能是在未來也能被兒少加以回顧性地認可的干預，這被

339 *Id.* at 72.

340 H. L. A. HART, LAW, LIBERTY, AND MORALITY 33 (1963).

341 Dworkin, *supra* note 328, at 73-74.

342 此外，許多自損行為也可能有其外溢效應而造成社會額外的成本，依照效益主義的立場，公共利益或損害應該也可以作為評估是否禁止特定行為的因素之一。不過這些通常是自損行為的反射效果，論者指出自損行為可能根本不存在足以類比為侵害原則的明顯公共損害，或者是損害可能微不足道，而仍可與涉及家父長主義的自損行為明確區分，由於此處討論並不以侵害原則為主，礙於篇幅，本文在此不擬就較為次要的的公共利益論證進行論述。參 FEINBERG, *supra* note 330, at 22.

doi:10.6342/NTU202402509

Dworkin 稱為一種「未來導向的同意」（future-oriented consent）[343]。即便在成人的情況中，有鑒於一般人都能認知到自己存在不理性的特質、認知或情緒能力上的不足及有意無意間可能產生的疏忽，因此理性的方式就是選擇一種類似「社會保險」的制度[344]。更直接地說，Dworkin 認為理性人均會接受某種家父長主義形式的保護干預制度，例如「健康」作為個人追求福祉的基礎，可能就可以被認定為是一般理性人皆會同意受到介入與保護的對象，至於干預的方式與界線則需要進一步釐清[345]。Dworkin 在其著作中舉了幾個可能正當化干預的案例，諸如行為人可能沒有正確認知到風險或是無法按照其對風險的認知而行動，使得其行為結果並非自己原先所欲；或者行為人錯估了不同風險的重要性而做出不理智的決定，此時對這些行為進行家父長式的干預，並不是要求行為人追求某種特定的善，反而是為了協助實現行為人所認知的善。同理，當行為人在受到極端社會或心理壓力下，做出特別重大、具備不可回復性的決定時，家父長式的干預應該也能夠被理性人視為一種社會保險制度而被接受，縱使理性人可能並不認為此種行為應該受到全面的禁止，不過應該可以接受如「思考期」等適度的限制規定[346]。

此外， Rawls 也與 Dworkin 採取類似的立場。前曾提及 Rawls 的原初立場（original position）理論，其主張理性個人在不知道自己的身分、性別、個性、階級等特徵的無知之幕（veil of ignorance）後，將選擇最符合正義原則的規範[347]。在 Rawls 關於家父長主義的論述中，其儘管並未明確將此種規範與原初立場中的「假設同意」基礎加以連結，不過可以確定的是 Rawls 認為「人們應被保護免於『不理性』（irrationality）所造成的損害」是一個理性的結論，而其所謂的「不理性」除了涉及不具備理性能力的個人之外，也包含個人做出「非理性選擇」（irrational choices）的情形。而與 Dworkin 進路類似的地方在於，Rawls 也

[343] Dworkin, *supra* note 328, at 76-77.
[344] *Id.* at 78.
[345] *Id.* at 78.
[346] *Id.* at 78.
[347] OKIN, *supra* note 211, at 90.

doi:10.6342/NTU202402509

認為健康、財富等均屬於某種「基本善」（primary goods），而可以認為捨棄此等基本利益的選擇是非理性的[348]。

然而，Dworkin 的理論難以自圓其說的部分在於，其仍然肯認了個人從事某些高風險活動的自由（如登山、賽車等），就此 Dworkin 提出的解釋是必須通盤考慮規範係對特定行為進行全面禁止抑或部分限制，以及該行為受到限制所帶來的影響是否重大，例如要求駕駛繫上安全帶的成本相對微小，但未繫安全帶可能導致的後果極為嚴重；惟若禁止登山，將完全妨害個人參與一個可能在其人生中佔據極大比重的活動[349]。這樣的論證可能是基於，理性人可以接受「必須繫安全帶」的微小要求，卻無法接受「不能登山」的過分要求，而既然理性人是一個外於行動者自身的標準，則其最終必然是某種客觀價值的實踐，亦即由某種社會通念判斷特定限制與特定行為對個人的價值，以及行動者的風險評估是否「理性」，在現行民主制度的運作下，法規範既然由立法者所訂定，則判定理性與否的權力實際上便是由立法者所掌握。換言之，此種社會保險觀點將所有人同質化，否定個人基於自身價值得出不同風險評估結果的可能性，最終其實只是透過「多數人」同意的說法來證立干預的正當性[350]，不問個人的主觀判斷，而有走回硬性家父長主義的老路之虞。

第三種理論是將家父長式干預的正當性建立在某種「協助實現自主意志」的理由之上。John Kleinig 從自由主義的立場出發，認為自由主義的核心觀念並非形式上地尊重自主選擇本身，而是尊重個人透過自主選擇所要展現的人格[351]。有鑒於人們時常顯露出粗心、目光短淺的特質，這些特質可能使得我們與原先自己所設定的、更為長遠及核心的基本追求或立場背道而馳，因此當特定行為產生這種

---

348 FEINBERG, *supra* note 330, at 184-185.

349 Dworkin, *supra* note 328, at 83.

350 指出此處的關鍵問題正是：此種干預是否確實能夠取得公民普遍的共識？參周漾沂（2013），〈論被害人生命法益處分之限制：以刑法父權主義批判為中心〉，《臺北大學法學論叢》，88 期，頁 221-222。

351 John Kleinig, *Paternalism and Personal Integrity*, 27 BULLETIN OF THE AUSTRALIAN SOCIETY OF LEGAL PHILOSOPHY 27, 36 (1987).

doi:10.6342/NTU202402509

危險時，家父長主義式的介入便無侵犯人格的完整性（integrity）可言，尤其在行為可能造成難以回復的重大損害時，更有充分的介入必要性[352]。Kleinig 強調人應該是一種「連續體」（continuants），因此我們沒有理由僅將個人現時的自主決定置於至高無上的地位，而無視於其人生中指向未來的長遠目標[353]。要之，當我們的行為可能危及或逸脫構成自我的重要核心追求時，若規範的強制要求並未牽涉個人所追求的重要價值，則干預就是可以被允許的，至於該強制要求是否微不足道無法脫離被干預對象的信念、個性或其人生計畫來判斷，無法一概而論，Kleinig 因此認為其主張與武斷地貫徹某種強制要求而不問該要求對個人價值牴觸是否重大的硬性父權主義並不相同[354]。

不過 Kleinig 的理論預設所有人都有明確的核心價值或人生目標很可能只是一種過於理想的宣稱，原因是個人可能根本不存在這樣的目標，或者是個人為自己所設定的目標極有可能隨時處於變動狀態而欠缺一個穩定的長期目標[355]，並且在這樣的預設下，個人在人生道路上完全不被允許有任何「脫稿演出」的機會，而必須在所有行為中以該核心價值馬首是瞻。然而，不允許個人自由變動包含慾望、目標在內的各種內在狀態，是否還能算是尊重個人的「自我」[356]？

此外，Kleinig 先將個人的長遠目標作為錨定點，再將其餘可能危害這個長遠目標的短期目標視為不理性、應該被強制干預的，然而實際上，找到這樣一個錨定點卻可能是很困難的。詳言之，如果這個長遠目標完全由當事人主觀意見決定，則當事人選定某種長遠目標時也可能處於不理性謹慎的狀態，如此一來，我們似乎必須先確定當事人何時處於足夠謹慎、冷靜的狀態，才能確認在該狀態下所宣示的長遠目標能夠作為有效的錨定點。針對這點，可能的解決方式有二，其

[352] *Id.* at 31-32.
[353] *Id.* at 36-37.
[354] *Id.*at 37.
[355] 論者因此批評這樣的理論預設所推導出的結論是個人的短期目標必須和中期目標一致、中期目標也必須和長期目標一致。周漾沂，前揭註 350，頁 223。
[356] 周漾沂，前揭註 350，頁 224。

doi:10.6342/NTU202402509

一是設定某些條件，例如當事人必須具備完全的認識能力，不能處於輕率、受騙、壓力的狀態；其二是以客觀的目標設定作為認定當事人是否處於理性狀態的依據。就前者而言，Kleinig 既然指出我們常常處於愚蠢、目光短淺的狀態，則何時才能屏除這些人性缺陷的影響並不清楚，事實上我們也很難在個別案件中、需要決定是否介入的當下，回顧當事人的一生，找尋一個足夠理性的時點並辨認出其在那個當下所設立的長遠目標，更何況如前所言，人可能在許多不同時點都基於充分的理性狀態而分別設立不同目標；就後者而言，其本質上已經是直接將客觀的主流價值作為當事人的個人價值，效果形同否定不符合主流價值的目標作為個人的人生追求，同樣無法擺脫硬性家父長主義的色彩[357]。

由此，部分學者雖然同樣認為家父長主義式的干預必須基於協助行動者實現其理性選擇的目標（rationally chosen ends），然而對於干預的時點卻設有不同的限制。Michael Cholbi 從 Kant 的理論出發，認為康德式的家父長主義所允許的干預，必須是指向當事人在受到干預當下存在的自我[358]，亦即干預的正當性並不來自於某種假設的當事人同意，也不應該訴諸當事人過去的自我，換言之，在受干預者所追求的價值發生大幅度的變動時，這不可否認地將導致外人難以準確判斷受干預者當下追求的價值為何，但 Cholbi 仍然認為康德式的家父長主義不應指向復辟當事人過去的自我或過去所追求的價值[359]。

第四種較為獨特的證立方式是採取「類似侵害原則」的證立模式。Donald H. Regan 認為我們或許可以將個人依照時間段「切割」開來，將不同時間段的個人視為不同的人[360]。依照 Regan 的主張，未來特定時段的行動者（A'）將因為當前的行動者 A 做出該自損行為導致的後果而改變，除了可能對於先前的自損行為感

[357] 同樣指出在無法確定行為人主觀願望的情況下，將產生以詮釋者自身或社會上的主流價值取代行為人主觀價值的危險。周漾沂，前揭註 350，頁 224-225。

[358] Michael Cholbi, *Kantian Paternalism and Suicide Intervention*, *in* PATERNALISM: THEORY AND PRACTICE 115,120 (Christian Coons & Michael Weber eds., 2013).

[359] *Id.* at 120-121.

[360] Donald H. Regan, *Justifications for Paternalism*, *in* NOMOS XV: THE LIMITS OF LAW 189, 203-204 (J.R. Pennock & J. W. Chapman eds., 1974).

doi:10.6342/NTU202402509

到後悔之外，也將習得如謹慎等特質，導致 A'與先前的行為人 A 可以被視為不同的存在[361]，行為人的自損行為因為可能傷害到未來的自己（future self）而應該受到限制，這可與侵害原則禁止行為人侵害他人的限制相類比[362]，A 無權作出可能傷害到 A'的行為。然而，這樣的假設無法排除可能存在並未從自損行為獲得教訓而「死性不改」的行為人，此時似乎便無 A'存在之餘地，侵害原則即無適用之可能性。就此 Regan 也僅以「多數人將會如此」來帶過，並未提出更為合理的說明。

另外，此說令人感到困惑的地方在於，侵害原則下的「侵害」，是否可包含到客體在侵害當時不存在的情形？換句話說，A'既然是因為自損行為或特定事件產生人的「質變」才誕生，則先不論 A'並非必然出現，且對現時的 A 而言，A'也屬尚不存在的客體，無法因為 A 當下自損行為的後果延續到未來的 A'身上，即肯認 A 的行為對 A'直接構成可歸責的傷害[363]。更何況時間永遠是具備連續性的，嚴格來說人的每分每秒都經歷某種意義上的變動，則如何選定「切割點」並不清楚，甚至可能導致所謂同一的自我概念僅存在此時此刻，甚至未來的自己也不再需要為現時自我所做出的決定負責。質言之，個人的現時決定本已將未來可能的變因納入考量，將個人依照時間序進行切割而認定為相異的個體，可能只是一種文字遊戲而欠缺合理性[364]。

最後，部分學者則認為個人行使自由或權利存在一定的界線，也就是不得違背某種「對己義務」或「人性尊嚴」。論者如 Michael Köhler 依循 Kant 的哲學論

---

361 *Id.*, at 203-204.

362 Donald H. Regan, *Freedom, Identity, and Commitment*, *in* PATERNALISM 113, 126-127 (Rolf Sartorius ed., 1983).

363 筆者能夠想到的類似例子為胎兒與嬰兒的關係。詳言之，現行法下若行為人傷害到孕婦體內的胎兒，導致胎兒出生後存在某些疾病，縱使可證明其因果關係，行為人仍無法被論以「傷害罪」。理由在於胎兒與嬰兒（人）雖然具備發展上的連續性，然而基於胎兒的某些生理特徵或是缺乏社會連帶等特質，使得規範認為兩者間的差異具備規範上重要性。由此，A 與 A'固然具備某種時序上的發展關聯，但是若認為兩者的同一性已被切斷，行為人在 A'尚不存在的當下，做出某個遺留對 A'產生負面影響的行為，是否可視為不法侵害就必須進一步說明之。

364 FEINBERG, *supra* note 330, at 84-87.

doi:10.6342/NTU202402509

述認為主體是與他人構成相互關係最基礎而必要的條件，就此法主體應有「自我維持」之義務，個人如果同意他人重傷自己或使自己死亡，實際上是一種「自我解消」進而解消作為相互關係的前提要素，從而顯然是一種自我矛盾[365]。John Kleinig 也認為所謂「人性尊嚴」（human dignity）不僅指個人的自主行使，還包含人類作為進步的生命（progressive beings）而實踐自我完善（self-perfecting）的價值[366]，不得從事有違人類身分意義的自我貶低（self-degrading）行為[367]，著名的例子即是與他人簽訂奴隸契約，Mill 認為自由原則的真諦實包含人類並無「放棄自由的自由」（free not to be free）[368]。依照 Kleinig 的說法，行為縱使具有自我貶低的性質，惟若個案中貶低行為持續的時間不長、效果並不嚴重、或是該貶低行為是出於雙方自願或具備私密性時，規範都必須將這些因素納入是否要加以介入的考量[369]。

不過，文獻上已經指出個人的自我維持義務本質上屬於一種道德義務，而當前所欲討論的法規範卻是處理人際互動的調和問題，從而個人的自我解消並沒有違反法所要求的人際尊重義務，並非適格的法律義務[370]。而為個人權利行使劃定「不得放棄權利本身」的界線，也為權利的行使施加了某些客觀道德價值的限制。詳言之，自由／權利的行使，其真正的價值就在於個人能夠依此形塑自由／權利所指涉之對象、使其呈現某種特定狀態，因此侵害自由／權利的意涵是對於這種行使「關係」的侵害，而非對於自由／權利行使對象的評價。換言之，只有當自由／權利行使的結果呈現了該自由／權利行使內容所欲達成的狀態，才是真正的自由／權利，否定最終呈現出來的狀態便是對個人行使自由／權利的效力加以否定，從而才真正侵害了行動者的自由／權利[371]。最終以人性尊嚴之名來否定

365 周漾沂，前揭註 350，頁 226。
366 John Kleinig, *Paternalism and Human Dignity*, 11 Crim. Law. & Philos 19, 31 (2017).
367 *Id.* at 25.
368 MILL, *supra* note 329, at 175.
369 Kleinig, *supra* note 366, at 33-35.
370 周漾沂，前揭註 350，頁 226-228。另參周漾沂，前揭註 310，頁 1005-1010。
371 周漾沂，前揭註 350，頁 229-233；另參周漾沂（2017），〈財產犯罪中的持有概念：社會性

doi:10.6342/NTU202402509

個人行使自由／權利所產生的特定結果，其實是引入了某種價值判斷，而排除了那些「自願選擇某些被主流價值認為較為低等的個人生活狀態」者的人性尊嚴。

綜上所述，即使是肯認家父長主義正當性的自由主義立場，對於干預的理由以及界線仍未有定論。本文認為，自由的價值實在於自由本身，而不在於透過自由所形塑出的某種狀態。在不侵害他人的前提下，只有個人的自由權利受到尊重，才有開展並形塑多元人生的可能。因此，規範關注的焦點不應被轉移到自由行使的結果之上，以主流的價值判斷否定自由的行使。結論上來說，出於對法主體行使自由的尊重，本文認為家父長主義不得介入行動者具備「自願性」的行為，就此，上述許多家父長主義理論在本質或適用上隱含了硬性家父長主義思維的觀點，本文無法贊同。

至於將家父長主義適用於兒少身上的爭議明顯較小，因為兒少一般被認為欠缺辨別事理或透過反思計算來獲致理性結論的能力。因此首先，在 Mill 的理論下，其並非最了解自己的特質及因此最能實現自身最大福祉之人，對於自由的尊重與放任則失所附麗。再者，採取理性人假設同意作為正當性基礎的學者如 Dworkin 也認為，若能夠想像兒童未來能夠回顧性地認同某些家長對其的干預，這個家父長式的干預就能取得正當性[372]。而 Locke 以降的自由主義理論預設自由的行使以行動者具備完全的理性（能力）為前提，欠缺理性的兒童也就當然無法取得如普通公民一般的自由平等權利[373]，況且如果依照部分自由主義學者如 Kleinig 的說法，成人在例外顯露出非理性的決策與行動時也應該受到家父長主義的介入，則兒少基於其認知或情緒能力尚未完全發展，形同長期處於不理性的狀態，便產生加以介入的需求。不過，對於不同家父長主義模式的批評同樣適用於對兒少採取干預的情形，例如 Dworkin 透過「未來的同意」來正當化對於兒少的干預，被批評是一種「自我證立」的家父長主義（self-justifying paternalism），

歸屬的證立與運用〉，《臺大法學論叢》，46 期，頁 286-290。

372 Dworkin, *supra* note 328, at 76-77.

373 ARCHARD, *supra* note 265, at 8-9.

doi:10.6342/NTU202402509

實際上干預者可以透過洗腦的方式來獲得兒少未來的認同[374]，從而大幅提升家父長式干預取得正當性的可能。而如同本文前開所言，縱使是以尊重個人自主作為出發點的理論，由於部分論述隱含依照特定價值來正當化干預的危險，此種正當化模式也應該被揚棄。從而，以自由為典範的家父長主義仍必須且僅能出於兒少欠缺自願性的特質而予以介入，只不過在介入兒少欠缺自願性的行為時，將不可避免地引入或顯露保護的思維。

第三款 兒少最佳利益與家長同意權

在梳理當代以保護脆弱的兒少為主軸的論述，以及納入自由主義觀點正面闡述家父長主義式的干預必要性與正當性之立場後，我們可以總結兩種觀點的特徵以及觀察兩者之間的關係。申言之，首先，單純考慮兒少的需保護性而強調國家必須實行積極保護措施的觀點，可能是出於一種效益主義的思維，也就是將兒少的利益作為第一要務，以福利權的觀點來理解兒少權利。至於利益的內涵，一般認為最廣泛的目標就是兒少身心的健全發展，而在這其中除了避免兒少受到傷害之外，還包含積極地保障兒少的教育機會或是兒少擁有親密家庭關係的權利。當代流行的「未成年人最佳利益」通常便是體現了這樣的觀點，即所有關係兒童的事務，包含兒童的養育及發展在內，均應該以其最佳利益為主要考慮（《兒童權利公約》第 3、18 條參照），《兒童權利公約》[375]第 24 條、27 條、28 條也分別規範了兒童享有健康照護、生理／心理／精神／社會上之發展權與接受教育的權利，同時在第 12、13 條規定已經能形成自己意見的兒童應該被賦予表示意見的權利。不過在此種效益主義的思維底下，仍有疑問的是兒少的相關「權利」是否必須作為最高準則？實際上，兒少作為「國家未來的棟樑」，其個人利益的最大化

[374] *Id.* at 80-81.

[375] 依照該公約第 1 條規定，此處的「兒童」原則上係指未滿 18 歲者，其所指涉的範圍與本文此處提及的「兒少」相同。

doi:10.6342/NTU202402509

固然可能連動到共同體利益的最大化，但此應非必然，若貫徹效益主義的觀點，最終兒少所享有的權利仍然必須視總體社會的獲益與成本來劃定其範圍。

而就採取家父長主義觀點的進路，其雖然可能以自由主義為基礎，然而以硬性家父長主義而言，其係以社會上的共享價值作為干預的理由、內容與界線，也就是認定對於行動者施予某種強制介入能夠促進該人的福祉，個別主體的福祉獲得改善後自然就能夠促進社會總體的效益。從而硬性家父長主義或帶有硬性家父長主義色彩的家父長主義理論，本文認為其本質上與效益主義相去無幾。而就軟性家父長主義而言，其介入是為了實現被干預者的自由意志或是確保被干預者不受到非自願的意志所傷害，就前者而言，若未成年人不具備完整的認知能力，其可能無從形成某種「出於自主意志的目標或價值」，則似乎並無以此為準據實施干預的可能性；就後者而言，若是為了阻止兒少受到不符合自願性要求的行為所傷害，則本文認為所謂「未成年人最佳利益」觀點可能的立足之處其實是作為一種「外部界線」或者干預的參考依據而已，當然此處的最佳利益內涵也同樣需要具體化並綜合權衡之。

換言之，在軟性家父長主義的觀點下，確定干預與否以「自願性」為標準後，對於干預的方式、內容及界線仍然需要進一步加以填充，此時由於行動者已經欠缺有效的自主意志而必須尋求其他的判斷標準，在所有可能的判準中，「最佳利益」便成為所有的解方中最被廣為接受的一種。Amy Gutmann 也認為家父長干預或許可以依循 Rawls 的「基本利益」（primary goods）作為判準，在成人的世界裡成人固然可以拒斥接受此種價值，但在兒童尚未形成確定偏好時，保全其基本利益至少通常是最能夠確保兒少成人後擁有最廣泛的選擇可能性之方式[376]。據此，雖然傳統從福利觀點出發的保護論述與家父長主義最終可能都需透過操作「最佳利益」標準來進行評價，惟其出發點並不相同。

[376] Amy Gutmann, *Children, Paternalism, and Education: A Liberal Argument*, 9 PHILOS. PUBLIC AFF. 338, 339-341 (1980).

doi:10.6342/NTU202402509

可以附帶說明的是，當代的兒少最佳利益除了強調前述的身心發展權利與兒少的表示意見權利外，也有從兒少未來的自主性加以論述者。Feinberg 便指出兒童特有的權利除了根據其依賴性而生的依賴權（dependency rights）以外，尚包含某種受到信託的權利（rights-in-trust），又稱「享有開放未來的權利」（right to an open future）[377]，也就是兒童雖然尚無法行使自由權，但應該要為其盡可能地保留更多的機會，使兒童在成人後能有更多選擇以促成自我實現（self-fulfillment），為了達到這個尊重兒童未來自主性的目的，勢必需要對兒童現時的自由選擇設下限制[378]。

據此，當代流行的「兒少（最佳）利益」其實可以從不同的角度推導而出，其可以作為效益主義下所追求的政策目標，擔保兒少的一切利益總和最大化，也可以作為自由主義下對自主能力受到限制的兒童的保護手段。在描述了當代未成年人最佳利益可能的理論基礎後，接著可能的問題則是具體規範是否及如何實現此等利益。就本文所討論之未成年人接受人工流產的問題而言，要求未成年人取得家長同意才能接受人工流產，最直接的理由就是防免未成年人因尚不成熟，加上非預期懷孕導致的情緒波動，而未能正確評估接受人工流產的風險，其生理健康因而受到人工流產藥物或手術的傷害。同時透過同意權的規定可以確保家長知情少女懷孕的事實，無論是否選擇生育，都有利於家長後續為子女的醫療照護做出更妥適的安排[379]。並且，墮胎與普通醫療行為的差異在於墮胎行為涉及胎兒生命的剝奪與結束，也不能排除墮胎行為可能對青少女造成某程度的心理創傷而需要由家長介入、協助評估。尤其當事實上多數家長對小孩擁有深厚的情感、相較於國家或其他第三人也更了解子女的個人特質與生活歷程，也讓規範更傾向相信家長能夠無私地替子女做出更符合子女利益的決定。例如較早期的文獻中，心理學家 Everett L. Worthington 便認為父母（成人）相較於青少年，具備較高的決策

377 Feinberg, *supra* note 282, at 76-77.
378 *Id.* at 76-89.
379 湯文章（2017），〈醫師未得法定代理人同意對未成年人施行人工流產手術應否負損害賠償責任？〉，《月旦醫事法報告》，11 期，頁 124。

doi:10.6342/NTU202402509

能力，因此讓家長參與決策過程可以提高決策品質[380]。上開直觀性的看法，可能都是作為支持家長同意權能夠實現未成年人之最佳利益的論據之一。

此外，本文認為在青少女懷孕案件中投注最多心力的社會工作與福利部門對於懷孕／墮胎事件之於少女的心理影響也殊值關注，其以家庭為本位的論述、處遇策略實有利於鞏固法定代理人同意權的正當性。強調家庭對於懷孕青少女正面影響的諸多研究，本文認為大致可以分為三個階段說明：懷孕前、懷孕時（選擇墮胎或留養）、墮胎或生產後。在懷孕前，有研究認為親子間的親密感或連結性越高，青少女懷孕的風險越低，而家庭結構的瓦解或失能、缺乏溝通、監督等因素也可能導致青少女向外尋求「愛的對象」而提升懷孕的機率[381]。從而，在社會上大多將青少女懷孕視為社會問題的前提下，這些研究闡述了其與負面家庭圖像的相關性，反面言之便是強調和諧、緊密的家庭對於避免青少女懷孕存在正向功能。

接著，在青少女發生非預期懷孕後，多數研究認為家庭（家長）對於少女懷孕事件也能成為利大於弊的支持力量。國外其實有不少文獻指出較不願意讓父母知道懷孕事實的少女，多數是出於預期並害怕家長產生負面反應，而擔心親子關係破裂或是造成衝突，其中包含可能被趕出家門[382]，甚至少女本身就是家暴的受害者，而擔心因為墮胎事實再次遭受暴力[383]，國內亦有文獻認為我國家長與子女的關係較有「尊卑」之概念，家長的權威地位可能導致少女轉向其他親人如手足求助[384]。同時，父母同意權的規定也可能延後少女接受人工流產的時間而對少女

---

380 Everett L. Worthington et al., *Mandatory Parental Involvement Prior to Adolescent Abortion*, 12 J. ADOLESC. HEALTH. 138, 140 (1991).

381 陳美磐（2011），《家長處理青少女未婚生子事件之探討》，頁 9-15，國立政治大學社會工作研究所碩士論文。

382 J. Shoshanna Ehrlich, *Grounded in the Reality of Their Lives: Listening to Teens Who Make the Abortion Decision without Involving Their Parents*, 18 BERKELEY WOMEN'S L.J. 61, 94–96 (2003).

383 AAP Committee on Adolescence, *The Adolescent's Right to Confidential Care When Considering Abortion*. 139 PEDIATRICS 1,4 (2017).

384 李從業（2002），《臺灣青少女懷孕的主觀經驗與措施介入之相關研究》，國民健康局 91 年度委託研究計畫，頁 45。

doi:10.6342/NTU202402509

的健康造成更嚴重的影響，也可能提高少女患有心理後遺症的可能性[385]。不少研究顯示無論少女所處家庭的社經地位如何、少女與家長的關係是否疏離、或者家庭功能是否健全，迫使少女必須向父母揭露懷孕事實乃至於請求父母認可自己的墮胎決定，都將伴隨不少的負面效果。即便如此，仍然有為數不少的文獻強調了父母參與少女生育決策的重要性。

例如 Everett L. Worthington 就指出家長對非預期懷孕事件的負面反應，可能是少女杞人憂天的結果。Worthington 主張少女預期家長得知懷孕事實後會直接將少女排除於決策過程外、或者會施壓使少女作出符合家長期望決定的情形，其實在少女並未諮詢家長時也會出現，甚至連受過專業訓練的諮商師都可能讓少女感受到必須作出特定生育決策的壓力。Worthington 因而認為無法將這種壓力的產生與家長知情權（parental notification）的強制規定相連結，更何況許多少女因為預期無法獲得家長的支持而不告知家長，並無法證明讓家長得知少女的墮胎決定就必然會使已經出現問題的親子關係更加惡化；相反於此，除了多數家長在憤怒過後都傾向轉為支持性的存在，顯然並沒有多數青少女想像的這麼負面外，我們更無法斷定家長對青少女懷孕一事毫不知情（ignorance），對少女的負面影響會比起讓家長知情更輕微[386]。綜上，考量到少女在情緒上、經濟上對於家庭的依賴程度更高[387]，為確保懷孕青少女的生育決策品質以及心理健康，由法律規定使父母參與少女的生育決策是正確的選擇。

在社會工作的實務上也多有強調家庭對於懷孕青少女的正面功能者。例如有文獻彙整了許多實證研究後，指出相較於其他的社會支持，家庭實為懷孕青少女的首要支持來源，加上一般而言家庭都會因為懷孕事件更加凝聚，因此縱使該地區並無家長知情權的規定，仍應該鼓勵社工協助青少女準確地評估家長對於墮胎

385 AAP Committee on Adolescence, *supra* note 383, at 5.
386 Worthington, *supra* note 380, at 139-140.
387 *Id.* at 140.

doi:10.6342/NTU202402509

決定可能產生的反應，以免青少女低估家長的支持度[388]。整體而言，鼓勵青少女揭露懷孕事實並獲得家庭支持，對於青少女的心理健康也有所助益。國內亦有類似研究指出，少女往往因為懷孕而與同學、朋友逐漸失聯，使得家人成為主要的支持系統，雖然該文結論上認為應該盡量將少女的同學、朋友等重要他人納入支持體系，不過也強調應加強對於少女父母的親職輔導[389]：其他的社會工作研究也建議應以整個家庭為對象進行處遇，以使家長與青少女達成共識為目標[390]，可見社會工作實務對於懷孕青少女的輔導策略仍是家庭導向為主。

最後，如果少女選擇生育而非墮胎，少女若選擇出養小孩而當時尚未成年，除了在法制面上需要經過法定代理人的同意始能為之外，部分研究指出生產後家庭是否給予經濟上、情緒上的支持、家庭是否具備凝聚力等也將影響這些年輕媽媽的身心福祉以及降低發生虐待兒童事件的可能性[391]。

綜上，少女的生育決策程序應該將家長納入其中的看法，得到了許多心理學、社會工作等專業領域的支持，雖然論者或承認家庭內可能存在大大小小的親子問題，不過最終家庭往往被視為積極正向的存在。不過本文初步認為，這些研究至多僅能說明部分家庭可以為懷孕少女提供支持，卻無法否認仍有不少家庭無從在物質上或精神上協助少女度過懷孕或墮胎的人生關卡，縱使透過社會工作的介入亦然。然而上述研究對於如何面對這些失能家庭中的少女，以及在這些案例中是否應該例外揚棄家庭導向的處遇模式則無說明。

第四款 本文評析

綜合以上的討論，本文雖然肯認現行制度下，欠缺足夠認識能力的兒少，其行為決定有受到介入的正當性，並且以兒少自身的最佳利益作為外部界線初步而

---

388 Mark J. Benson, *After the Adolescent Pregnancy: Parents, Teens, and Families*, 21 CHILD ADOLESC. SOC. WORK J. 435, 439-444 (2004).

389 陳慧女（2001），〈青少女未婚懷孕問題及輔導策略〉，《諮商與輔導》，182 期，頁 14。

390 陳美磐，前揭註 381，頁 163-164。

391 Benson, *supra* note 388, at 447.

doi:10.6342/NTU202402509

言可能也是現行制度下可行的做法，然而，此種觀點仍有進一步反思的必要。文獻上主要的批評指向了「最佳利益」的不確定性與偏頗性，以最常使用兒少最佳利益概念的監護權酌定案件為例，許多意見批評以不明確的「最佳利益」作為酌定基準，使得雙方家長「人人有機會，個個沒把握」，增加了興訟的可能性[392]；也因為其內涵幾乎無所不包，縱使立法者試圖羅列需要斟酌的項目（如民法第1055 條之 1 第 1 項），在個案中仍然極有可能任由法官混入自己的價值判斷，使得結果流於法官恣意[393]，或者在判斷上殘留如幼年原則（tender years doctrine）的性別刻板印象[394]。然而就此，本文認為這樣的不明確性固然存在，但實屬一把雙面刃，或無過早否定的必要。學者同時也指出，只有法官在個案中擁有更為彈性的裁量空間，才能夠因應個別家庭的差異妥適地進行評估，子女最佳利益的實現方屬可能[395]。因此，比較好的解決方式應該是透過加強法院的說理義務或允許多元的程序參與（如專業人員或子女本身），以確保法官在個案中確實斟酌了所有可能影響子女利益的因素，而非根本上地揚棄此種標準[396]。

另一個重要的問題是，家長同意權的規定果真能達到保護未成年人的目的？本文對此也仍然抱持懷疑的立場，亦即，家長同意權的制度可能反而提高兒少身心傷害的可能性，尤其在少女已經符合優生保健法第 9 條第 1 項允許墮胎之特定條件時。在過去墮胎受到全面禁止的時代，大量婦女便選擇透過密醫墮胎，反而提升孕婦死亡或留有後遺症的風險。即使現代社會中密醫已因醫療行政領域的管制措施而大幅減少，惟家長同意權或家長知情權的規定，仍可能使得未成年人因為不敢揭露懷孕事實而錯過進行人工流產的時機，更何況揭露懷孕事實同時代表揭露少女的性活動，不僅性活動本身本來就屬個人的私密核心領域，要求少女主動揭露對其隱私利益的侵害非屬輕微，且研究指出拒絕告知家長懷孕事實的少女

392 GUGGENHEIM, *supra* note 227, at 158.
393 雷文玫，前揭註 93，頁 285。
394 李立如，前揭註 221，頁 787-791。
395 李立如，前揭註 221，頁 809。
396 李立如，前揭註 221，頁 811-820。

doi:10.6342/NTU202402509

中，顯著的共通點在於許多人都甚少與家長談及性議題或是家長對性表達了負面的道德意涵[397]，這更加深了少女啟齒的困難。從而這樣的規定極有可能導致少女因時機延誤而只能接受晚期墮胎，甚至必須到危急生命時透過緊急避難之規定才能合法墮胎，大大提升了少女可能遭受的生命與身體風險，且越晚期的墮胎也會導致可進行的人工流產手術方式受限，手術方式本身也可能加深少女接受人工流產後的心理後遺症[398]。

此外，雖然研究顯示選擇接受人工流產的少女並不必然來自失能或疏離的家庭[399]，然而不可否認的是，這樣的個案仍然不在少數，甚至有不少對家長隱瞞懷孕事實的少女，都指出「擔心引發家庭衝突、受到肢體暴力等傷害」是其隱瞞的理由之一[400]，而這些少女通常都是已經遭受過某些嚴厲的對待才產生這樣的疑慮[401]，並非誇大其詞。反之，家長參與生育決策的「品質」，其實取決於家庭的適應能力（adaptability），適應性更高的家長更能接受子女青少年時期的性活動、也更能就少女的非預期懷孕提供必要的支持與理解[402]，少女也更會傾向選擇告知家長懷孕的事實[403]。反之，在不願意將非預期懷孕事實告知家長的少女中，無法排除有不少人是來自於適應性較低的家庭。因此，如果是期望透過家長同意權的規定來促進親子之間的對話，並期待能夠提升最終決定的品質，效果也可能十分有限[404]。

從醫生的角度而言，礙於可能受到刑事處罰，縱使其認為少女接受人工流產是最有利於其健康的手段，然而在現行法下並不存在任何例外要件或程序允許其

397 J. SHOSHANNA EHRLICH, WHO DECIDES: THE ABORTION RIGHTS OF TEENS 111-114 (2006).
398 Willard Cates, *Adolescent Abortions in the United States*, 1 J. ADOLESC. HEALTH 18, 22 (1980).
399 EHRLICH, *supra* note 397, at 111.
400 Maya Manian, *Minor, Parents, and Minor Parents*, 81 RO. L. REV. 127, 149 (2016).
401 J. Shoshanna Ehrlich, *supra* note 382, at 131.
402 Mary S. Griffin-Carlson & Paula J. Schwanenflugel, *Adolescent Abortion and Parental Notification: Evidence for the Importance of Family Functioning on the Perceived Quality of Parental Involvement in U.S. Families*, 39 J. CHILD PSYCHOL. PSYCHIAT. 543, 549-550 (1998).
403 Benson, *supra* note 388, at 442.
404 *See* Carol Sanger, *Regulating Teenage Abortion in the United States: Politics and Policy,* 18 INT. J. LAW POLICY FAM. 305, 314 (2004).

doi:10.6342/NTU202402509

為少女進行人工流產，少女的健康利益也無法被實現。另一方面，墮胎行為對婦女身心健康所造成的危險，可能也存在被高估的可能性。現代醫療技術的進步實際上已經大大降低人工流產的風險，相較之下少女接受人工流產的時機越晚、風險越高的事實卻是不變的[405]，且少女妊娠的風險明顯較人工流產的風險高出許多[406]。就心理創傷而言，許多研究亦已指出少女並沒有明顯因為接受人工流產而提高患有憂鬱症狀或低自尊的風險[407]。

綜上所述，誠然家長同意權的規定在許多個案中可以發揮保護未成年人的功能，未成年人也確實有可能會聚焦於短期的畏懼或羞恥，而低估讓家長參與生育決策的優點。並且無論是我國或外國，有關家長同意權制度如何影響少女的決定或身心發展，都欠缺完整且大規模的研究，使得學者對於家長同意權的利弊無法獲致共識。然而本文此處所欲指出的僅是，以程序性的要求（家長同意權）擔保未成年人利益的實現，本來就極可能存有落差，如果要完全採取效益主義的觀點來判斷家長同意權規範的實效性或正當性，則自然不能忽略關於家長同意權如何可能反過來傷害少女、或至少無法達成促進少女身心健康要求的既有實證研究結果，而必須在了解家長同意權如何減損少女的總體福祉後，考慮是否對現有規範進行修正，例如在制度上設計相應的例外規定，在特定情形下排除家長同意權的適用。

最後，在民法等法領域引入最佳利益概念是一回事，但最佳利益概念如何適用於刑法領域則有疑慮。首先，以刑事規範來確保兒少的最佳利益，形同以刑事規範作為保護規範，形成一個弔詭的現象。詳言之，綜合觀察刑法本文有關墮胎的禁止規定以及優生保健法第 9 條第 2 項之文義，並無法排除未獲得法定代理人同意的少女擔負墮胎罪之刑責。換言之，少女所受到的保護是透過法定代理同意

405 AAP Committee on Adolescence, *supra* note 383, at 5.
406 Cates, *supra* note 398, at 21.
407 Jocelyn T. Warrem et al., *Do Depression and Low Self-Esteem Follow Abortion Among Adolescents? Evidence from a National Study,* 42 PERSPECT. SEX. REPROD. HEALTH 230, 232-234 (2010).

doi:10.6342/NTU202402509

權的行使形成最妥適的生育決策，惟其卻是透過刑事責任的賦予來達成，這其中的衝突至為明顯[408]。文獻上即有認為刑罰的性質使得其幾乎在所有情況下，都不可能是實現行為人利益的可行方式，亦即相較於規範希望禁止行為人從事的行動，刑罰往往是造成更大傷害的源頭[409]。

再者，撇除上開關於效益主義操作上的困境，本文認為將家長同意權與兒少利益相連結，更根本的問題在於其忽略或者低估了少女的自主性。依照本文前開的說明與採取自由主義的基本進路，法律對於兒少的干預基礎在於兒少欠缺自願性地做出某種自損決定，此時才有可能引入最佳利益之概念，而非對於少女的一切行動均直接以最佳利益為發動干預的判準。然而在少女決定接受人工流產時，是否確實處於欠缺自願性的狀態？尤其囿於人體的發展限制，發生非預期懷孕的少女中以青少年佔多數，而青少年通常已經發展出某種評估損益或問題解決的能力，此時規範是否應該排除對青少年生育決策的介入？或者至少需要依照青少年決策能力的發展而調整介入的方式？例如如果認為少女所欠缺的決策條件是來自理性成人充分的資訊，則不僅「使少女獲得資訊」的目的與賦予「家長」「同意／否定權」的規範要件完全脫節，研究顯示多數少女在決定接受人工流產之前都會向至少一個成人諮詢（且不少少女是尋求專業人士協助）的事實[410]，也可能削弱本條存在的必要性與正當性。凡此種種問題，如果沒有對兒少的決策能力或所謂「自願性」的標準加以具體化，甚至直接以「最佳利益」概念判斷兒少自我決定的效力，都可能會有侵蝕青少年自主性的疑慮。換言之，如果並未從自主性的觀點理解兒少最佳利益之概念內涵，結論上實係如同保護觀點的論述傾向一般，

---

[408] 誠然，多數少女可能會進入少年保護事件程序，並且不會真的承擔刑罰，然而其在規範上仍然是觸犯了本質上應該是涉及「對他人之侵害行為」的刑事規定，因此這樣的矛盾仍然存在。唯一可行的方式是將少女排除於未經法定代理人同意墮胎之可罰範圍之外，惟如同本文第二章第三節所言，否定少女成立刑法第 288 條自行墮胎或聽從他人墮胎罪之觀點在學說上尚無法達成共識。

[409] Douglas Husak, *Penal Paternalism*, *in* PATERNALISM: THEORY AND PRACTICE 39,50-55 (Christian Coons & Michael Weber eds., 2013).

[410] Ehrlich, *supra* note 382, at 108; Kate Coleman-Minahan et al., *Adolescents Obtaining Abortion Without Parental Consent: Their Reasons and Experiences of Social Support*, 52 PERSPECT. SEX. REPROD. HEALTH 15, 19 (2020).

doi:10.6342/NTU202402509

直接以最佳利益作為發動干預的門檻及決定干預手段的指導原則，最後可能落入社會價值對於未成年人理想形貌的貫徹，如果完全交由家長決定，考慮到最佳利益概念的不確定性，實際上可能只是以兒少權利之名達到貫徹家長權利／權力的目的。

第三節 其他社會需求？

立法者在制定未成年人人工流產之法定代理人同意權時，並未說明其所欲達成的目標，因此前文分別從法定代理關係中的雙方當事人（法定代理人與兒少）出發，分析法定代理人同意權對雙方可能產生的價值與意義。而除此之外，要求墮胎決定必須經過法定代理人擔保的制度，即使並非立法者或司法實務的原意，仍有可能具備某些維持社會秩序或社會控制的色彩或功能。雖然多數人都能同意這無法作為同意權被證立的理由，惟我們仍可以從中觀察到墮胎的社會意義，如何使得同意權能夠與其他的社會福利系統同時達成某種社會功能。

我國過去對於墮胎的態度與現今其實有很大的不同，依照吳燕秋的考察，傳統中國法中，胚胎似乎僅被視作婦女身體的一部分，墮胎行為的非難意義更接近對於婦女身體的傷害[411]，至 20 世紀初期墮胎行為才搖身一變成為一種違背人道的損害公益與秩序行為[412]。到了戰後，即使非法墮胎人數居高不下，然而墮胎案件並沒有成為執法者關注的重點，反而在新聞版面上均以某種八卦消息的形式呈現，可能是描寫成某種風流新聞，較為嚴重的案件則聚焦在家內亂倫或是因墮胎導致婦女死亡的「悲劇」[413]，其他導致案件曝光的原因則許多都是涉及非婚姻內

411 吳燕秋，前揭註 2，頁 59-69。

412 吳燕秋，前揭註 2，頁 74。

413 聯合報（01/18/1952），〈小叔結下孽種 寡嫂墮胎玉殞〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=2&page=1&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTgwMTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHzBcKZYsd%2Bz%2BHxVcGFwZXI%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1952-01-18&news_id=106042075；聯合報（09/29/1053），〈愛花之時行非禮 心厭竟欲除莫根〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=29&page=1&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTgwMTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHzBcKZY

doi:10.6342/NTU202402509

的性關係而由女方自己或親友憤而揭發，再經由媒體報導，導致墮胎行為漸漸與性的污名產生連結[414]，其他關於墮胎的新聞則多是宣導墮胎可能對母體產生的傷害[415]。然而隨著 1970 年代部分反墮胎論者的倡議，以及嗣後出現的嬰靈供養儀式，都使得墮胎行為開始讓婦女感受到強烈的罪惡感[416]。直至優生保健法通過前後，已經明顯可以觀察到墮胎正式成為一種社會問題，不僅是侵害胎兒生命的不

---

sd%2Bz%2BHxVcGFwZXI%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1953-09-29&news_id=105970240；聯合報（07/09/1954），〈失身養父 又使墮胎〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=50&page=1&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTgwMTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHzBcKZYsd%2Bz%2BHxVcGFwZXI%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1954-07-09&news_id=105937619；聯合報（06/26/1962），〈怕生貪死 孕婦服毒〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=248&page=5&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTgwMTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHzBcKZYsd%2Bz%2BHxVcGFwZXI%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1962-06-26&news_id=105614915

[414] 吳燕秋，前揭註 2，頁 101；聯合報（01/30/1954），〈投藥墜孽胎 少婦提控訴〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=42&page=1&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTgwMTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHzBcKZYsd%2Bz%2BHxVcGFwZXI%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1954-01-30&news_id=105955561；聯合報（09/13/1953），〈生米成飯又生變 怎好狀控洗鍋人〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=25&page=1&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTgwMTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHzBcKZYsd%2Bz%2BHxVcGFwZXI%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1953-09-13&news_id=105972212；聯合報（01/23/1954），〈一度狂歡樂不抵苦 私墜孽胎被母告官〉， https://udndata.com/ndapp/Story?no=41&page=3&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTg2MTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHylwaXNs%2Fh8wXCmWLHfs%2Fh8VXBhcGVy&sharepage=20&select=0&kind=2&article_date=1954-01-23&news_id=105956367。

[415] 聯合報（11/19/1958），〈節育與避孕 結紮輸卵管仍能受孕 刮除子宮後病發喪生〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=141&page=3&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTgwMTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHzBcKZYsd%2Bz%2BHxVcGFwZXI%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1958-11-19&news_id=105768616；聯合報（06/13/1964），〈醫生警告墜胎人：勿亂闖鬼門關〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=314&page=7&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTgwMTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHzBcKZYsd%2Bz%2BHxVcGFwZXI%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1964-06-13&news_id=105536863；聯合報（02/16/1966），〈危險的：墮胎！〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=349&page=7&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTgwMTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHzBcKZYsd%2Bz%2BHxVcGFwZXI%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1966-02-16&news_id=105471673；聯合報（08/23/1966），〈家庭護理 人工流產的危險〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=359&page=8&udndbid=udndata&SearchString=vFqtTCuk6bTBPj0xOTUxMDEwMSuk6bTBPD0xOTgwMTIzMSuz%2BKdPPcFwpliz%2BHy4Z8DZpOmz%2BHzBcKZYsd%2Bz%2BHxVcGFwZXI%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1966-08-23&news_id=105446884。

[416] 吳燕秋，前揭註 2，頁 104-107。

doi:10.6342/NTU202402509

道德行為，墮胎的規範也被連結到社會的性氾濫問題[417]，大眾也開始關注青少女懷孕人數大幅增長的問題[418]。

依此，既然婦女乃至於青少女的墮胎被視為一種社會問題，自然必須對其加以監控，而法定代理人的同意權恰好能夠協助實現監控的目標。質言之，當代社會對兒少抱持的純潔形象，導致未成年人的性活動受到負面的評價甚至譴責，依照現行刑法的規定，未滿 16 歲的兒童可以說並沒有完整的性自主權。如此一來，要求非預期懷孕的少女向負責監管少女的法定代理人揭露懷孕事實，等同於揭露性行為的事實，從而極有可能揭露未成年人涉入受刑法所禁止的性活動。進一步而言，法定代理人便可以對涉及犯罪的行為進行追訴，使得這些「剝削」未成年人的性之行為能夠進入司法程序。這樣的監控功能，早可見於越來越廣泛的性侵害強制通報制度。依照《性侵害犯罪防治法》第 11 條之規定，醫師、教師、社工人員等若獲知可能有性侵害時，「必須」立即通報，而依照該法第 1 條之規定，所謂「性侵害」亦包含刑法第 227 條與未成年人性交罪。從而以懷孕及墮胎的情況來說，未滿 16 歲少女只要因懷孕就醫，醫師即有立即通報之義務，而社會工作領域對少女懷孕事件的介入，同樣也因為社會工作人員屬於強制通報的範圍，而能夠達到有效追訴以兒少為對象之性犯罪的效果，並且也因為社會上對於少女的

[417] 如時任立委王寒生之發言，立法院公報處（1982），《立法院公報》，71 卷 100 期，頁 116，立法院；時任立委趙石溪之發言，立法院公報處（1982），《立法院公報》，72 卷 4 期，頁 130，立法院。

[418] 聯合報（06/17/1978），〈未婚少女懷孕案例增多 專家建議為父母者 灌輸子女必要知識〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=238&page=5&udndbid=udndata&SearchString=pNakayDDaKWlK6TptME%2BPTE5NjAwMTAxK6TptME8PTE5ODYxMjMxK7P4p089wXCmWLP4fLhnwNmk6bP4fMFwplix37P4fFVwYXBlcg%3D%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1978-06-17&news_id=103702929；聯合報（06/25/1979），〈未成年的媽媽與人口問題〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=246&page=5&udndbid=udndata&SearchString=pNakayDDaKWlK6TptME%2BPTE5NjAwMTAxK6TptME8PTE5ODYxMjMxK7P4p089wXCmWLP4fLhnwNmk6bP4fMFwplix37P4fFVwYXBlcg%3D%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1979-06-25&news_id=103665266；聯合報（01/03/1985），〈生之憂慮 人口成長率未見大幅下降 未成年媽媽名列亞洲前茅〉，https://udndata.com/ndapp/Story?no=329&page=7&udndbid=udndata&SearchString=pNakayDDaKWlK6TptME%2BPTE5NjAwMTAxK6TptME8PTE5ODYxMjMxK7P4p089wXCmWLP4fLhnwNmk6bP4fMFwplix37P4fFVwYXBlcg%3D%3D&sharepage=50&select=0&kind=2&article_date=1985-01-03&news_id=103441351。

doi:10.6342/NTU202402509

性活動採取較為負面的評價，因此讓少女的性活動浮現，也有助於社會工作領域的介入（如長期追蹤訪視機制）加以處理與修復。

綜上，少女過早的性行為與衍生的非預期懷孕事件，可能因為涉及兒童的純潔形象、性在當代社會下的禁忌特徵、與婚姻關係的解離而被視為一種社會問題[419]，而當少女選擇墮胎時，又會因為墮胎行為在現代社會所衍生出的負面意涵而加深了此時少女需要受到保護與介入的想法，從而透過越趨廣泛而緊密的防治通報機制與法定代理人之同意權，能夠確保未成年人的性活動確實地被掌握，除了作為後續社會工作福祉提供的基礎，也是開啟刑事追訴或民事求償程序的重要條件。

第四節 小結

至此本文已分別從家長與未成年子女的角度分析法定代理人同意權可能的基礎，並且點出在未成年人的性被視為格外負面的互動前提下，法定代理人同意權實際上還可能發揮充分掌握未成年人性活動、以利追訴或福祉提供的功能。總體而言，從家長利益出發來理解法定代理人同意權，從親權概念意義的歷史發展脈絡來看，應該是最符合立法者本意的解釋方式。並且即使親權所象徵的家父長獨裁模式已經被揚棄，然而不僅家庭仍然是多數人社會交往最重要的組成部分之一，且在自由主義對公／私領域的區分以及對國家動用權力的拒斥態度下，家長權被轉化為所謂家庭的隱私權或自主權，以及家長在經營家庭事務上的行動自由權，從而持續成為論者捍衛的對象，由此來證成國家介入的謙抑性。並且，有鑒於對「權利」的內涵欠缺明確界定，家長從既有的親子關係中能獲得的好處也都成為有保護價值的客體，轉化為某種「個人權利」而取得值得受到自由法治國保

[419] 就現代社會如何看待兒童及性與兒童的關係，可參吳宗奇，前揭註 337，頁 73-164，元照；謝煜偉（2010），〈論虛擬兒童色情的刑事立法趨勢：誰的青春肉體不可褻瀆？〉，《月旦法學雜誌》，186 期，頁 53-56。

doi:10.6342/NTU202402509

護的外觀，而似乎僅有在家長的行為嚴重侵害另一種利益時，國家才取得例外介入的正當性。

縱使近年來許多學者開始強調公權力與家長並非必然存在對立關係，而有合作互助的可能性，惟這樣的「合作關係」自始就不包含未成年子女的參與，縱然合作的目標是以未成年人的利益為導向，然而事實上國家無論是基於成本還是其他考量，結果是未成年人最佳利益的實現與否從來不是國家介入的標準，國家雖然希望透過家長權的賦予來確保家長能夠自願且不受阻礙地實現未成年子女的最佳利益，惟結果上是創造出家長恣意的真空空間，要之，將家長權建立在未成年人最佳利益的實現上，可能是站不住腳的，遑論許多家庭並不因為國家賦予的家長權，即有為子女做出最佳決定的條件。不過，更待解決的根本問題應該是，將關涉未成年子女事務的決策權作為國家與家長交易的對象，是否妥適？換言之，無論家長權是否有助於實現未成年人的最佳利益，國家透過規範甚至是刑法規範，所要實現的是否是無關乎未成年人個人意志、而由客觀第三人定義的最佳利益？

同樣的問題也出現在當代蔚為風潮的兒少保護思維上。析言之，雖然兒少的需保護性已經成為公眾的共識，惟如何從刑法的本質出發，建立一套與刑法目的相容的兒少保護制度，則是當代學說少有著墨之處。例如兒少福利權的肯認固然是社會福利政策的重要環節，然而其如何導出他人刑法上的作為或不作為義務則存在斷裂。有力的學說雖然採取「軟性家父長主義」的觀點，以貫徹個人自由意志為宗旨，重申自由法治國下的基本原則，惟其所建立的標準以及具體案例的適用仍然摻入了外於主體自由意志的福祉觀點，並且對具備自主性的門檻要求過於嚴苛，結果是使得個人的自主性實際上有被架空的疑慮。據此，肯認法律家父長主義存在一定正當性的論者，雖然正確地認識到自由與福祉實現分屬二事，卻沒有一貫且周全地說明自由的內涵與條件，在其理論中也無法直接推導出家庭或家長存在的意義。更為極端的兒童解放論者則是完全以兒童的自由作為核心主張，

doi:10.6342/NTU202402509

卻似乎僅將自由化約為「任意行為」，同樣沒有深究「自由」的意義以及自由與法制的關係，最終也因為錯失了權利與負責／負擔之間的關係，反而可能使得兒少面臨不能承受之重。反觀強調家長權的論者則是過度強調家庭及家長存在的必要性與重要性，卻忽視了家庭在經驗上具備的正向功能，並不能直接導出家庭或家長權限在應然面上的需保護性，從而必須檢視個人權利的來源以及其在刑法上的意義，才能進一步確定兒少的法律地位以及家長應該實踐的義務與其相應的權利。

doi:10.6342/NTU202402509

第四章 以未成年人的自主決定權為核心

從第三章的分析可以觀察到，無論是從家長或家庭的利益或是兒少權利的角度證立家長同意權的嘗試，在本文看來都存在忽視或低估兒少自主性的問題。雖然許多論者已經注意到家庭的功能與兒少成長需求之間的積極關係，卻未能準確說明在自主性的基礎下應該如何理解父母子女關係，導致最後要不是只能基於對於兒少自主權的否定，固著於傳統的家庭圖像或主流價值而無法放棄對於家長權的保護，要不是就是試圖以外於親子關係的未成年人最佳利益觀點作為親子關係的核心目標，並作為約束家長權的方式，至多僅將未成年人的「意願」作為考慮因素之一，使兒少的自主實現淪為口號，最終是求諸於一種利益衡平的觀點而缺乏可獲致共識的結論，尤其在兒少越趨脆弱的形象設定之下，其利益往往只能由握有權力的成人加以詮釋及代言。而從本文前開的批評中，已可發現本文主要係從自由而非利益的觀點來理解刑法規範，所謂的法定代理人同意權制度也必須從自由的觀點來評判其正當性。因此本文將試圖說明本文所奠基的自由概念及其與刑法間的關係，並說明自主性的具體要求為何，進而可以實質檢視兒少是否、如何欠缺自主性所必須的能力或條件，最終此等欠缺應該透過何種體制或規範加以彌補，同樣也必須奠基在對於自由的尊重與保護之上，針對兒少自主性欠缺的態樣而有相應的制度設計。

第一節 自主概念與扶助體制

第一項 自由作為典範

首先，要在法律乃至於刑法的觀點下推導或理解自主性的意義，必須先說明法的內容。廣義而言，所有的「法」之意義均在於調和社會中的人際互動模式，刑法也不例外。而依照通說的看法，刑法的目的在於保護法益，而所謂的法益概

doi:10.6342/NTU202402509

念可以說是為了提供刑法構成要件解釋方向的指引，以及限制刑法的發動範圍而生[420]，不過實際上法益的確切內涵在學理上仍然意見分歧。

一種常見的看法認為法益可以被化約為「利益」，而考量到刑法是透過嚴苛的刑罰來確保個人可以維持某種生活狀態，刑法上所保護的「利益」必須具備一定的重要性，也就是個人在社會生活中所需的「基本利益」[421]。不過此種利益導向的理論所在乎者最終仍是刑罰手段施予的結果與欲保護之利益間的衡平關係，本質上並沒有對可以成為「基本利益」的事項進行任何條件限制，刑法的條文設計以及個案是否成立犯罪，都必須判斷行為及其造成的利益侵害是否達到嚴重違背了利益總量的衡平關係[422]。從這樣的角度觀察，前述家庭秩序的維持或家長經由親子互動所能享有的情感利益，乃至於兒少的隱私、親情利益，無一不是制度設計上必須考慮的因素之一。若依此推論，家長同意權的正當性必須建立在其能夠有效促進家庭功能、少女健全成長等利益，且此等利益的總和優越於其所造成的家庭衝突、少女的身體健康、隱私利益等受侵擾所造成的不利益，並且原則上必須允許顯然不符合此等衡量結果的個案得以拒斥同意權制度的適用。

然而既然此說並沒有對利益的內涵加以限定，顯而易見的是所有能夠造成個人感受到愉悅的事物，都可以為「利益」一詞所涵括，反之任何造成個人不快的狀態，則可以以負面性質的「不利益／損害」加以表述[423]。姑且不論這樣的觀點可能因為利益概念的廣泛性、難以量化等特性，導致衡量的結果眾說紛紜，難以取得明確且一致的判準，更嚴重的問題在於利益概念不受任何質的限制之結果，將導致個人必須遵循的行為準則取決於多數人所能感到安穩、愉悅的生活型態，並且係以刑罰作為個人違反該行為準則的代價。詳言之，既然每個人對於特定的

---

420 許恒達（2011），〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，197 期，頁 135-138。

421 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4 版，頁 39-41，元照；高金桂（2003），《利益衡量與刑法之犯罪判斷》，頁 39-42，元照；王皇玉（2022），《刑法總則》，8 版，頁 23-25，新學林。

422 黃榮堅，前揭註 421，頁 41。

423 周漾沂，前揭註 177，頁 993-994。

doi:10.6342/NTU202402509

外在事態都有不同的喜好及態度，則利益／不利益的判斷必定是人言言殊且程度不一的，最後為了達到利益最大化的目標，特定事態是否被刑法所容許，只能取決於多數人的主觀感受。如此一來，法益概念可能不再具有批判立法正當性的功能——若刑法所保護的利益是多數人所肯認的利益，則在民主社會的運作下，刑法規範既然是由立法者代表多數民意所制定，其內容自然是反應多數人的利益狀態[424]，即使是僅涉及有違倫理道德或風俗感情的行為，仍可能為刑法所禁止。在此種理論預設下，個人的自由僅在符合社會通念所認可的範圍內才能夠附條件地被承認，無從依照其所奉行的價值或對幸福的想像來行動，使得個人無異於實現共同體利益最大化的手段，其權利也不再具有絕對性，而得以隨著社會的需求加以賦予或剝奪[425]，本文無法贊同。

另外一種觀點則認為，刑法的目的即在於維持刑法規範本身的效力，使得個人能夠基於穩定的期待而開展與他人的互動並生存於社會中。Günther Jakobs 認為人與社會係互相建構、同時並存的關係，而規範則作為社會存在的必要條件[426]。「法」的意義在於其作為一種規範性期待，能夠作為個人行動的背景知識，降低個人與他人互動的不確定性以及可能造成的互動成本。以刑法來說，當行為人違反刑法所設定的行為規範，就必須透過刑罰來穩定此種期待，以使社會生活持續穩定地運作[427]。進一步而言，Jakobs 認為個人（Person）在社會中是以角色持有者存在，透過社會角色的賦予，個人的行動將有所依循，對於他人將如何行動的可預測性也會大幅提升，如此便能有效指引我們的活動模式並使人際互動得以順暢進行[428]。Jakobs 的理論的核心觀點在於，其並未也無意對實證刑法的內容加以填充[429]，由此推論家庭自身的維繫、典型的親子互動模式、家庭安排或某種家長

[424] 詳參周漾沂，前揭註 177，頁 991-993。
[425] 其他更詳盡的批評，可參周漾沂，前揭註 169，頁 191-194。
[426] 王效文（2015），〈刑罰目的與刑法體系：論 Günther Jakobs 功能主義刑法體系中的罪責〉，頁 159-162。
[427] 王效文，前揭註 426，頁 166-169。
[428] 周漾沂，前揭註 169，頁 181-183。
[429] 周漾沂，前揭註 169，頁 182-183。

doi:10.6342/NTU202402509

利益的維護，若隨著歷史或社會的變遷而成為立法者所欲追求的目標而成為實證刑法的內容，則其就作為規範性期待的一部分，而需要透過刑罰傳達對破壞此種期待之行為的否定。

惟本文的基本立場難以接受 Jakobs 此種無從或無意判斷行為規範正當性的說法。此種實證傾向的理解導致我們僅能從社會的發展形貌試圖理解規範內容所傳達的意義，卻難以提出批判，因為此種觀點下似乎不存在「惡法」的概念，或者說被指控為「惡法」的規範也只能被接受。Jakobs 雖然認為穩定的社會期待才能使得個人得以實現自由，然而在不為行為規範設立任何限制的前提下，實際上刑法所實現的自由也僅僅是立法者制定實證法後，所給予的反射或剩餘選擇而已，難以稱之為真正的自由[430]。

本文認為，在當代自由法治國的體制下，較為可採的觀點毋寧是從自由主義的基本精神出發，以人的主體性及自由作為刑法規範的基礎。詳言之，本文的基本立場認同 Kant 將個人視為自我目的的觀點，而拒斥將個人作為手段的行為準則[431]，主體應該是優先於社會的，個人在進入社會與他人交往時，也必須遵循互相承認、尊重彼此主體地位的基本原則。具體而言，人類的特殊性在於其擁有意志並依照意志來行動，Kant 將行為準則區分為「相對行為準則」（或稱「假言令式」）及「絕對行為準則」（或稱「定言令式」）。如果把意志所遵循的法則，即其決定依據指向意志的對象（如慾望或情緒），便是使意志成為手段而受到外於意志的要素所操控，又因為意志的對象有其經驗性格，其往往受到自然法則或其他外部條件的影響，導致該行為準則必然屬於無法普遍適用於所有有意志者的「相對行為準則」[432]。相對而言，具有普遍性的絕對行為準則必然是外於經驗性

[430] 直言「被規範所施捨的自由不是自由」，參周漾沂（2008），〈論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由〉，《臺大法學論叢》，37 期，頁 375-376。

[431] Immanuel Kant（著），李明輝（譯）（1990），《道德底形上學之基礎》，頁 51-53，聯經；張雪珠（2021），《康德論自由：道德自由、法權自由與人的尊嚴》，頁 128-132，國立臺灣大學出版中心。

[432] Kant，前揭註 431，頁 34-37；周漾沂，前揭註 177，頁 996-999。

doi:10.6342/NTU202402509

領域的，必須求諸於意志自身，方能證成其對所有有意志者的效力，因此絕對行為準則的核心便在於將意志及作為有意志者的人類本身當作目的，而無關乎個別意志的具體內容[433]。

據此，法所體現的絕對行為準則便是將他人視為目的而行動，無條件地承認他人的存有，且因這樣的行為準則不受到自然法則的操控或任何來自於外部的強制力，凸顯個人存在可以凌駕或超脫而非受制於自然法則的自由[434]。依照 Kant 的觀點，人類除了透過感性能力與智性能力來理解自然法則、因果流程等現象，並以智性能力驅動得以實現特定目的的行為之外，還存在超驗的「理性」來為智性能力的運用設限[435]，這也是自由得以可能的條件。綜合以上所述，Kant 指出「意志不外是實踐理性」[436]，人類的自由意志（Wille）體現在個人作為能夠自我立法、設定並遵循絕對行為準則的主體，而該行為準則的特徵即為普遍有效性[437]，也唯有此種觀點才能確保主體間的平等地位。

上述「自由意志」（Wille）所涉及的是「應該發生什麼」的問題，這還必須與「現實上發生什麼」的「決意／意念」（Willkür）相區別[438]，後者指涉出於特定目的、依照某種相對或絕對的行為準則來決定是否或如何行動的能力，概念上近似於「行動自由」的概念，學者有將自由意志與決意分別以「內在自由」、「外在自由」稱呼者[439]。人際互動所涉及的主要是外在自由領域的調和問題，而也僅有外在自由才有受到限制而妨害個人自我決定的可能[440]。依照前開所述，內在自由設立的應然準則指向了人際間的相互承認，這個行為準則將使得個人與他

433 周漾沂，前揭註 177，頁 999-1001。
434 周漾沂，前揭註 177，頁 1001；張雪珠，前揭註 431，頁 13-25。
435 Kant，前揭註 431，頁 82；劉創馥（2016），〈康德的自由與自發性〉，《人文及社會科學集刊》，28 卷 1 期，頁 112-113。
436 盧雪崑（1997），〈論意志：康德道德哲學研究〉，《新亞學報》，18 卷，頁 380-387。
437 周漾沂，前揭註 177，頁 1004-1006。
438 盧雪崑，前揭註 436，頁 398-399。
439 周漾沂，前揭註 177，頁 1006。
440 周漾沂，前揭註 177，頁 1007。

doi:10.6342/NTU202402509

人接觸時，隨之對自身外在自由的範圍進行一定的限縮。反過來說，法調和外在自由的方式，仍必須以人際間的相互承認為原則，個人透過自發性地承認彼此的外在自由領域，使得所有人能夠和平共存於社會。

經由以上的梳理，可以說明個人的主體性必須透過外在自由加以體現於現實生活中，所謂的外在自由即指涉個人作為具備決定權能且並未受到強制，而可以自我決定的主體，他人不得任意侵入其外在自由領域[441]，必須尊重個人行使自由所形塑的人生圖像。反面而論，個人在未侵害他人外在自由領域的前提下，其行動所招致的結果，必須且僅能由行為人自行評價並承擔，個人的「福祉」應該是其行使自主權而產生的反射效果，不得因主流價值對於福祉的單一想像，而反客為主地將福祉之實現凌駕於自主權的行使之上，這種自我負責的觀點可說是本文所採的自由觀下必然的結果，否則形同否定他人的主體地位，而僅將他人作為貫徹某種理想生活、倫理社會秩序的工具。然而，困難的問題在於，雖然所有人都擁有內在自由，惟外在自由作為個人透過將意志化為具體行動而形塑實存自我、實踐內在自由的體現，實際上仰賴許多現實、經驗性的條件，並不是只要透過自然的因果律將特定個人與外部事態連結在一起，即可將某種外部事態歸咎於個人自由意志的實現，則不具備此等自主條件的個人，也無從要求其對非自主的行為結果加以負責[442]。

第二項 自主性的基本條件

在此需要優先處理的問題是，何謂欠缺自我負責能力？這涉及關於「自主性」或「自願性」的認定標準問題。一種最為形式的觀點認為，自主的標準在於個人能夠任意行動而不受到阻礙，Hobbes 即認為自由與否僅涉及外部行動的限制，而與行動者的內在能力無關，而自由的容許範圍則是透過社會契約的方式來

441 更詳盡的說明已逸脫本文討論重心，可參見周漾沂，前揭註 177，頁 1016-1030。

442 周漾沂（2014），〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《臺大法學論叢》，43 卷 1 期，頁 239-240。

doi:10.6342/NTU202402509

劃定[443]。不過此種定義下的自由行為僅是某種目的性意志驅動客觀行止的結果，並不關心意志的價值判斷（能力），可以說使得人與動物也不再有所區別，難以作為自我負責的基礎。Gerald Dworkin 則認為上述能夠任意行動的自由（liberty）概念應該與涉及自決（self-determination）的自主（autonomy）區分開來，自主的意義在於個人具備某種次級（second-order）的能力，能夠對初級（first-order）的動機（如慾望）進行反思，此外也必須存在程序上的獨立性，亦即排除強制、催眠等影響個人反思機制的力量介入[444]。

然而，Dworkin 在論及法律家父長主義的正當性時，係認為個人在日常生活中有可能做出不符合自己偏好或者錯估風險的非理性行為，因此 Dworkin 認為可以透過某種理性人均會同意的社會保險模式，來證成法律對於外在行動自由的強制干預。然而正如同本文此前對 Dworkin 理論的批評，「所有理性的人均會同意未來陷入衝動或疏忽時可以剝奪其自由」的預設本身並非不證自明的觀點，況且個人在處於 Dworkin 所謂「非理性」的情況下，仍然可能具備反思能力而可以被肯認其自主性，如此一來，若沒有對此提供合理的解釋，Dworkin 所採取的法律家父長主義最終仍然是放棄了對於自主的尊重，而將發動干預的標準繫諸於優勢群體或有權者對於個人自我決定所產生的客觀結果之評價。

相對於只著眼於行動者的自主性理解，許多女性主義者則認為「關係自主」（relational autonomy）更符合社會現實，也更能促使我們正確地綜合觀察公私權力如何影響個人自主的行使[445]。以關係模式為導向的自主理論，其內涵雖然不盡相同，惟基本論點均是強調個人不能以外於或先於社會的圖像被割裂看待，詳言

[443] 許國賢（2012），〈三種自由觀再探〉，《東吳政治學報》，30 卷 2 期，頁 193；薛彥桂（2022），〈論哈伯瑪斯對私人自主與公共自主關係的重構〉，《哲學論集》，56 期，頁 71-73。

[444] Gerald Dworkin 早期認為個人必須使得初級動機與次級認同達到合致，才能被認為是自主的，不過其後來認為個人是否認同與否並非重點，重點在於其是否有能力形成或拒絕形成某種認同，亦即反思的能力。DWORKIN, *supra* note 301, at 15-18.

[445] Susan H. Williams, *Autonomy and the Public-Private Distinction in Bioethics and Law*, 12 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 483, 488-489 (2005).

doi:10.6342/NTU202402509

之，個人與社會中不同群體所建立的複雜關係，使得個人擁有交織的身分認同，且個人在尋找自我的過程中也必然需要他人的參與協助，因此個人既然是植基於社會中的存在，對於關係自主論者而言，自主性的條件也與社會關係息息相關，包含記憶、溝通等與他人交流的能力[446]。關係自主理論的目標在於看見個人決定背後的權力關係與結構脈絡，透過協同的動態互動模式來確保行動者獲致真正的自主[447]。論者認為，關係自主的概念仍然以個人具備自主決定的能力為前提，其並非要解消個人的自主性，而是同時覺察到社會脈絡的影響，因此多數學者在結論上仍然認為應該將決定的優先權交給行動者本人[448]。依此，一個理想的自主決策必須在理想的互動情境中才能實現，所謂的理想決策情境應該容納多方共同參與，並維持友善、信任、尊重的互動氛圍[449]，反面而言則必須防免個人依其所處的社會處境（如性別、種族等）對其自我決定構成的壓迫[450]。

儘管關係自主理論正確地認識到個人的社會性，然而其所提出的自主概念作為規範性的判準仍然存在若干實踐上的問題。依照關係自主理論的預設，個人在受到良好的關係他人影響或商議下的決策仍具備自主性，或者說關係他人的引入可以提升行動者自主的實現；反之個人雖未受到直接的強制（如脅迫），惟其若處於受壓迫的社會結構下，可能也會限制其自主的行使。然而，一個直接的懷疑是，個人在欠缺良好社會關係參與決策程序的情況下，是否必然做出一個非自主的決策？反之，個人處於受壓迫的社會地位是否必然導致其決策的自主性下降？舉例而言，個人如果經過反思活動而決定拒斥重要他人的介入，或是處於受壓迫地位的個人經過反思後仍然做出了符合宰制群體意見的決定，是否將被否定其決

446 *Id.* at 490-491.
447 林雅萍（2016），〈對自主的再思考：關係取向〉，《應用倫理評論》，61 期，頁 45-49。
448 Carlos Gómez-Vírseda et al., *Relational Autonomy: What Does it Mean and How is it Used in End-of-Life Care? A Systematic Review of Argument-Based Ethics Literature*, BMC MEDICAL ETHICS (Oct. 26, 2019), https://bmcmedethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12910-019-0417-3.
449 林雅萍，前揭註 447，頁 51-52。
450 許家瑜、范淑詒、黃美智、高綺吟（2022），〈關係自主之概念分析〉，《長庚護理》，33 期，頁 29-31。

doi:10.6342/NTU202402509

策的自主性？若然，則個人的自主性似乎已經是被社會處境所決定的，毫無透過反思而突破社會結構影響力的可能性，也似乎無法迴避將個人解消於關係之中的指控，甚至可能體現某種僅承認特定決策情境及決策結果的完美主義[451]。甚至在這樣的判準之下，是否可能推論出社會上部分弱勢群體因其社會處境而擁有較弱的自主性，進而必須允許家父長式的干預[452]？若非如此，則對弱勢群體內的個人而言，其能夠尋求的資源或機會既然已經受到社會結構的既存限制，其充分的自主性又如何可能？

是以，個人所處的社會脈絡固然重要，然而在肯認個人能動性的前提之下，本文認為自主性的標準仍然以求諸於個人的決策能力為原則，排除第三人過度的強制行為，並且自主性所要求的具體條件並不絕對排除個人及其所處的社會脈絡之影響可能性，只不過並不將之作為決定性的要素，而是承認個人在社會化的過程中，無法迴避社會結構對個人決策所產生的潛移默化效應，個人所處的社會關係也必然會影響個人的決策內容，因此不應也無法完全地排除社會脈絡的影響，並且翻轉社會脈絡的權力關係也並非刑法所關注的任務，刑法所要求及承認的，並不是、也不可能是一個絲毫不受到社會處境或人際關係所影響的自我決定。

綜上所述，本文認為個人是否具備自主性／自願性，仍應回歸個人的決策能力為斷。所謂的決策能力，一般指認識、判斷能力，由於此處涉及個人決定是否以及如何處分法益的問題，因此可以認為此處的自願性判準內涵上可對應於刑法中被害人承諾所要求的承諾能力，也就是當法益受到侵害的當事人在做出法益處分決定的當下能夠認識到法益風險的內涵及範圍，其所做出的法益處分決定就是有效的，應由該法益持有者承擔法益侵害結果，而無從要求第三人承擔刑事責任；在被害人「自陷風險」的情形，同理被害人至少必須具備在具體情境中認識

[451] John Christman, *Relational autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves*, 117 PHILOS. STUD. 143, 147-155 (2004).

[452] 指出此種社會建構取向的自主觀點可能存在無法排除家父長主義式干預的疑慮，且就論者試圖化解此一困境的嘗試，認為都還不算成功者，見 Serene J. Khader, *The Feminist Case Against Relational Autonomy*, 17 J. MORAL PHILOS. 499, 514-519 (2020).

doi:10.6342/NTU202402509

到行為可能蘊含的風險型態及程度之基礎能力，才能認為該風險實現為法益侵害結果時，必須由被害人自我負責[453]。

具體而言，個人決策涉及對於決策周邊資訊的接收、處理並計劃如何實現目標的過程，因此在這個過程中個人必須能夠理解並記憶與系爭決定有關的資訊，就該資訊的內容進行利弊的評估或計算，這就包含決策者必須具備一定程度的抽象思考能力、邏輯推理及設想不同可能情境的能力，最終形成某種意思決定以及制定能夠實現該意思決定的可能計畫，並且個人也應該具備一定的反思能力[454]，這些能力在精神醫學領域被統稱為「認知能力」（cognitive capacity），亦可以稱為認識判斷能力。個案中決策者必須有此等基本的認識判斷能力，才能認為特定的行動及外部結果確實是由決策者所「選擇」而可歸屬於決策者負責。最明顯的例子如一個 5 歲孩童雖然多次被警告不能靠近火爐，其可能也能透過學習辨識出火的外觀，惟其並不能理解「火」的概念及其可能帶來的風險，此時這名孩童雖然也是由意志控制自己的身體靠近火爐，然而我們不能認為接近火爐乃至於因此受傷或引發火災，是其自主行使的結果。反之，一個 8 歲兒童對於財產的功能與用途有初步的認識及理解能力，此時便可以認為其對於持金錢至文具店、合作社購買生活必需品的交易行為，具備認識判斷能力。

需要特別強調者為，此處的認識判斷能力應為生物性而非經驗性的判斷，換言之，判斷標準應為該人在決策當下對於決策事項是否有搜集並處理相關資訊、理解決策後果的內在能力，個人只要具備理解相關資訊的內在能力，即使現實上並未真實取得相關資訊而進行決策，例如該人怠於查詢或者因欠缺專業知識或特

---

[453] 詳參周漾沂，前揭註 170，頁 229-230。

[454] 綜合參考自 G. Owen Schaefer et al., *Autonomy and Enhancement*, 7 NEUROETHICS 123, 126-127 (2014); Petronella Grootens-Wiegers et al., *Medical Decision-Making in Children and Adolescents: Developmental and Neuroscientific Aspects*, BMC PEDIATRICS (May. 08, 2017), https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x; 吳建昌（2010），〈精神疾病患者之意思能力〉，《護理雜誌》，57 卷 6 期，頁 6；吳柏毅、蔡甫昌、陳慶餘（2004），〈病患的決定能力〉，《當代醫學》，368 期，頁 484。

[454] 林雅萍，前揭註 447，頁 51-52。

doi:10.6342/NTU202402509

定經驗而無從取得重要資訊，亦屬外部資訊欠缺應如何分配風險的另一問題。例如一般成人均能夠了解醫療行為的內容、風險與可能後果，其就醫療行為即具備認識判斷能力，惟醫生若未告知醫療行為可能的風險，使得個人在無知的情況下作出醫療決策，則需要進一步判斷該資訊欠缺的風險應由誰加以承擔，成人的認識判斷能力並不因此受到否定。

除了認識判斷能力之外，健全的自主性是否還要求其他內在條件？多數文獻通常直接以認識判斷能力作為自主性的唯一標準，對於自主性是否存在其他條件的討論較為有限。惟本文認為，單純具備認識判斷能力可能還不足以滿足完全的自主性要求。對本文而言，一個同樣具有討論實益的自主能力，是涉及與情緒及行為控制有關的心理能力。詳言之，個人既然是在不同的情境脈絡下進行決策，即不可能僅仰賴抽象的邏輯思考、推演而行動，個人依照其認知能力雖然能夠大致了解風險行為的意義，但卻無法有效控制自己是否為該行為，或者受限於自制能力的欠缺而使得運用認識判斷能力形成決策的過程受到一定的干擾時，似乎難以要求行為人同樣承擔其決定接受或實行風險行為所造成的結果。**換言之，個人應該有基本的衝動控制或情緒認知的能力，才能要求其完全地承擔其行為後果**。

除了認識判斷能力及自我控制能力之外，文獻上較有爭議而值得特別討論的是，自主性的條件是否還包含行動者具體處於冷靜自制的內在心理狀態？換言之，縱使行動者具備前開兩種決策必須的能力，但其在個別決策當下卻不是處於心情平穩、放鬆、愉悅等狀態時，是否將影響自願性的判斷？本文前曾提及許多自由主義者認為法律家父長主義的正當性在於免於個人因「非自願」的決定而受到傷害，此種觀點又可以稱作是「軟性家父長主義」，而論者時常舉例說明欠缺自願性的例子即為資訊的缺乏或遺漏及心緒狀態的不穩定。例如 Gerald Dworkin 的社會保險理論就認為有鑒於人人都可能具備認知或情緒上的缺陷而做出不理性

doi:10.6342/NTU202402509

的決策，理性主體應該都會同意在出現此種不理性狀態時受到國家或法律的干預[455]，顯然是認為自主決定以充分穩定的情緒作為要件。

Joel Feinberg 則是再三強調個人的決定在外人看來是否「理智」並不能成為法律干預的標準，唯一的判準應該在於其決定是否具有「自願性」。Feinberg 指出牽動自願性的標準包含「決策者具備決策能力」（如並非嬰兒、昏迷或處於智力嚴重欠缺的情形）、「決策者並非受到強制或脅迫而為決策」、「決策者並未受到更細微精密的操控」（如受到催眠）、「決策者並非處於無知或錯誤信賴」（如不清楚可能的後果或其他替代措施）、「決策者並未處於暫時受到影響的情狀」（如處於疲勞、過度緊張或興奮、疼痛狀態、迫於嚴重的時間壓力或或受到如酒精等外部物質的影響）[456]。然而 Feinberg 也承認個人的決定幾乎不可能同時符合上開要件，個人的自願性在這些面向的綜合評估之下毋寧是呈現一種光譜式的量差關係。Feinberg 進而認為，在不同的案例中應該採取不同的自願性門檻，可以參考的指標包含行為的風險越高（考量風險的嚴重性及發生的可能性）或者該風險所造成的傷害之不可回復性越高，則自願性的標準就應該相應地提高[457]。並且依照 Feinberg 的看法，個人做出的不合理決定如果是出於其對於重要資訊的欠缺，即可以被認為是一個欠缺自願性的行為，當行為人受到某些暫時影響理解、推理能力的狀態所影響（包含精神疾病、極度衰弱或疲勞、暴怒或其他分散注意力的情緒狀態等），也可以作為證明自願性不充分的客觀要素[458]。

雖然 Feinberg 正確地觀察到自願性本身屬於一種量差概念，並且一再重申個人也有可能出於自願地做出不合理或不理智的決定，將其理論與硬性家父長主義區分開來，但其所提出的指標仍然將自願性的門檻繫諸於行為所蘊含的風險高

455 *See* Dworkin, *supra* note 328, at 78-79.
456 FEINBERG, *supra* note 330, at 115.
457 *Id.* at 118-121.
458 *Id.* at 118-121.

doi:10.6342/NTU202402509

低，而不僅僅是作為一種證明方法，則似乎又將主流價值或社會通念對於某種風險行為或決策的評價引入自願性的判斷中，仍多少帶有硬性家父長主義的色彩。

更為關鍵的問題是，個人縱使處於資訊欠缺或情緒波動的狀態，是否就可以說明其欠缺自願性？這個問題在刑法上的重要性在於，若認為個人的決定欠缺自願性而無法要求其自我負責，則創造該人法益侵害風險狀態或條件的他人就可能會被視為是創造了非容許的法益風險，而落入刑法的處罰範圍。就此，本文認為無涉相關心理能力缺陷的個別資訊欠缺或暫時性情緒波動，不應影響自願性的判斷。詳言之，很清楚的一點是，人類永遠不可能獲得所有與決策有關的周邊資訊，因此通常情況下我們可能會依照自身經驗來挑選其中較為重要的資訊作為判斷的材料，同時我們也必須承認，在許多情況下，人甚至往往是在欠缺某些重要資訊時仍然選擇在資訊不完整的情況下做出決策，這種情況可能出於決策本身具有急迫性、不那麼在意此事所造成的結果、或者個人的性格本來就不拘小節等原因，然而無論如何個人如果有能力認識到自己並非在資訊充分的情況下做出決策，則其依照自身的價值取捨評估後認為拖延決策時點或進一步獲取相關資訊所花費的成本過高時，其行為決定仍然具有自願性。

換言之，個人永遠無法處於資訊充分的狀態，除非該資訊欠缺是由第三人透過逾越人際互動之容許界線的隱瞞或欺騙所造成，否則在個人具備蒐集資訊及反思能力的通常情況下，資訊欠缺的現實也應該由決策者自我負責[459]。同理個人如果具備一定的心理能力，則其自然能夠認識到自己處於暫時性地衝動、疲勞或焦慮狀態（無論其實際上對於此種狀態有多深切的認知），也能夠了解到自己當下的決策可能並不充分謹慎或周全，但原則上仍無礙於其決策的自願性，應該屬於決策者的性格或其自主決定如何形塑生活狀態之範圍。

[459] 參周漾沂，前揭註 350，頁 236-239。

doi:10.6342/NTU202402509

據此，本文認為個人是否應該承擔行為決定對自身法益所造成的風險，取決於該行為決定是否具備自願性，而自願性的標準取決於個人所擁有的決策能力，具體而言應該考量包含對風險意義的認知、基礎邏輯抽象思考等在內的認識判斷能力，以及與衝動控制等自我控制機能有關的初步心理能力，至於在個別情況下個人是否因情緒或其他外部因素暫時性地減損其判斷力，應非所問。

綜合以上所述，影響人類決策過程的因素繁多，舉凡內在能力的欠缺、個人特質、外部環境因素都可能使得個人在不同的脈絡下做出不同的決定。最理想的情況固然是個人掌握了與決策事項相關的所有過去、現時、未來的資訊、擁有高度的智力與教育水準、擁有不受他人影響的獨立思考能力、具備謹慎速斷的性格並處於沉著冷靜的心理狀態，此時可以認為這樣的決策結果幾乎是毫無瑕疵的。惟事實上人幾乎永遠處於資訊欠缺狀態或受到外部的客觀條件、與他人的關係等因素影響，若是因此否定自主性的存在，反而實際上使得個人無從有效地做出任何生活決定而寸步難行，並且也是解消了個人形塑獨特且多元的性格色彩與生活方式之可能。

從而刑法上所要求的自主性，應該僅指涉個人內在的決策能力，該決策能力除了包含對於資訊搜集處理的認識判斷能力外，也包含基本的自制能力，具備充分自主能力的個人得以運用該基礎能力了解並反思自己的決策情境，進而規劃自己的行動。除非他人透過法不容許的方式直接削弱了決策能力的存在，或是透過決策者不需容忍的惡害來限縮決策者的決策範圍或選項，否則個人經由此種決策能力的運用，接受外部客觀環境所給予的資訊或條件後，對可能的機會風險進行評估、排列不同價值目標的優先順序，均屬於其自主行使的範圍，不應任意干涉或由第三人承擔其自主行為之風險。

第三項 扶助體制之功能

doi:10.6342/NTU202402509

承上所述，本文認為自主性的要件包含涉及邏輯運算、分析思考的認識判斷能力，以及能夠對於情緒反應或尋求即時刺激回饋的衝動加以控制的自制能力。而自主性的完足所象徵的意義是行動者能夠對於自己的決策及行為自我負責，不能任意地將行使自由的風險轉嫁給他人承擔，反之他人也不能以任何理由加以干預或禁止自主的個人所做成的涉己風險決定。無論是將行使自由的風險轉嫁給他人承擔、允許他人干預決策者的自我決定，或是禁止他人對自主決策者的自我決定提供協助（對其課與刑責），都是違反此種「風險自我管轄原則」[460]。據此，以保護決策者的特定利益狀態為名而干預具備自主條件的個人之自我決定的家父長主義，並無法符合本文對於刑法目的之理解。

如此一來，基於尊重他人作為得以自我負責的主體，刑法上所建構的人際義務應該是以不侵犯他人自由領域的「消極義務」為主，即不得在他人不同意的狀態下任意輸出可能改變他人所欲形塑的生活狀態之風險，否則形同對於他人主體地位的否定。反過來說即是原則上並沒有某種應主動介入並改變他人狀態的一般性「積極義務」[461]。不過，在個人長期而非偶然不具備自我負責的前提條件時，其行為所引致的風險無法被認為是該決策者行使自由的結果而任由該行動者「自生自滅」，此時即有必要透過外於個人的體制，實踐此種排除風險的積極義務，此種體制又可以被稱為「自由法秩序之扶助體制」[462]。此時扶助體制的任務在於確保欠缺完全自我負責能力者的生存條件並未惡化，並且也僅止於此，在被扶助人並未受到法益風險的情況下，並沒有進一步改善被扶助者的生活品質或水準之刑法義務。至受到扶助者取得完全自我負責能力時，即無由扶助體制繼續擔負積極義務的餘地，而應回歸自我負責原則[463]。在這樣的理解下，可以確立扶助體制的功能在於避免無完全自我負責能力之人在生活中遭受法益風險，並且因為扶助

[460] 概念名詞與內涵詳參周漾沂（2012），〈論攻擊性緊急避難之定位〉，《臺大法學論叢》，41卷1期，頁427-429。
[461] 周漾沂，前揭註442，頁229-231。
[462] 周漾沂，前揭註442，頁239-240。
[463] 周漾沂，前揭註442，頁240。

doi:10.6342/NTU202402509

體制係在個人欠缺自主能力的前提條件下才有立足之地，因此扶助體制的運作過程中，也必須時時注意被扶助人的自主性，雖然其主要任務仍在於維持被扶助人的法益完整狀態，惟原則上也不宜以削弱被扶助人自我負責能力的方式來實踐。

在確立扶助體制的意義及其必要性後，進一步需要解決的可能是實際上應該由誰擔負扶助義務的問題。而既然刑法的任務乃至於扶助體制的證立都不脫自由的基本預設，則扶助義務人的選擇自然也不能單純從效益、倫理道德或其他與自由不相容的觀點來決定。就此，扶助義務之成立也必須求諸於義務人行使其自由的結果。例如親生父母決定不避孕或不中止懷孕、分娩的自我決定導致其也必須對因此出生之未成年子女擔負體制義務[464]；監護人、收養人也是透過其自願的選擇而承擔了照護義務。此外，國家對無完全自我負責能力之公民同樣具有保護義務，只是通常這樣的義務移轉由法定或選定的監護人加以履行[465]，國家「退居幕後」而已，若監護人違反其體制性義務，國家即可能加以介入處罰或重新承擔體制義務[466]。有論者進而認為，考量到家庭長久以來作為主要擔負照護義務之體制，以及刑法的任務並非在於對所有利益狀態變動予以回應，而僅處理外在自由的衝突問題，則除非家長有明顯不適任的情形，否則國家不會任意介入家長照護義務的履行[467]。

多數見解認為所謂欠缺自我負責能力是指欠缺認識判斷能力者，也就是在個案中缺乏準確地判讀周邊資訊、抽象思考等能力，來作為行動的前提，例如前文所舉的 5 歲孩童之例、因疾病而有心智缺陷者，都屬於欠缺自我負責能力之情況，且其自我負責能力並非如同陷於睡眠等無意識狀態係偶然、一時地減損或喪失，而是在一定期間內處於欠缺完整自我負責能力的狀態。一般認為，由於此種

464 當然，考慮到懷孕可能肇因於非合意的性交行為、及現行優生保健法對人工流產的限制，此時得否認為生育完全屬於生母的自我決定，仍有疑慮。李淙源，前揭註 39，頁 157-158。

465 學者稱國家所承擔的義務為「原初型」之體制義務。參周漾沂，前揭註 442，頁 244。

466 李淙源，前揭註 39，頁 165-166。

467 李淙源，前揭註 39，頁 167。

doi:10.6342/NTU202402509

欠缺完全自我負責能力者並不具備對其行動自我負責、自行承擔風險的前提，因此勢必要將風險全面移轉給他人管轄[468]，承擔風險管轄義務之人即為扶助體制中擔負扶助任務者。也因此，家長或者監護人對於兒童或心智缺陷者具有保證人地位，原則上必須排除受監護人遭遇的生命、身體法益風險[469]，甚至在受監護人對其實行攻擊行為時，監護人所能實行的正當防衛手段也會受到限制，因為受監護人的攻擊行為既然不是出於健全的自我決定，具有管轄、排除風險義務的監護人，自然不能將風險又完整地推回受監護人身上、由受監護人承擔，而必須優先尋求躲避等防禦方式，或甚至必須直接承擔輕微風險[470]。

然而本文所採取的自主性標準並非僅以認識判斷能力為斷，而必須考慮決策者的基本自我控制能力。此時待釐清的問題即在於，欠缺基本自我控制能力者雖然同樣屬於不具備完全自我負責能力之人，然而其是否可以與欠缺認識判斷能力之人為相同之處理？就此，本文認為，若是行動者對於特定行動欠缺認識判斷能力，不僅是代表行動者可能欠缺關於決策本身的重要資訊而已（因為資訊充分與否並非判斷自主性的條件），重點是其根本無從透過各種內在反思的能力或外在程序的補強來具備獲知風險的可能性。換言之，缺乏認識判斷能力者可能欠缺對某種自然法則、因果關係或語言的理解能力，也可能欠缺抽象思考、計算演繹的推理能力，導致其對於行動背後的風險可能處於完全無知或無法理解的狀態（例如 5 歲小孩可能可以了解火的樣貌，卻無法理解溫度、氣體等概念，即使其依憑經驗能夠了解「燙」的感覺，也無法自行將火與傷害死亡的風險結果相連結），則其縱使經由某種「思考」而產生行為決意，亦是一種虛妄的、或單純受到慾望

468 周漾沂，前揭註 442，頁 241-242。

469 僅參黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，4 版，頁 717，元照。

470 周漾沂（2019），〈正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點〉，《臺大法學論叢》，48 卷 3 期，頁 1266-1268。需要特別說明的是，依照該文的看法，欠缺完全自我負責能力之人所為的攻擊行動，根本上欠缺正當防衛下「不法侵害」的適格，照理來說被攻擊者全然不得主張正當防衛而阻卻違法，至多僅能主張欠缺期待可能性。惟在通說的架構下，若要肯認欠缺完全自我負責能力者可以創造適格的防衛情狀，則至少需要對監護人作為防衛者能夠採取的防衛手段進行限制。

doi:10.6342/NTU202402509

及本能驅使的行為決意。若然，則將特定風險全面移轉由扶助體制加以管轄，由扶助體制介入阻止被扶助人的行動以迴避風險，可能是合理的做法。

相較之下具備充分的認識判斷能力、但欠缺基本自我控制能力者的情況則不然。當行動者對於特定行動可認為其具備充分的認識判斷能力時，其在行為當下完全能夠理解做成行為決定的背景脈絡及行為可能的後果與風險，並能透過抽象思考、邏輯推理及基本的反思能力來設想不同情境的可能成本與獲益／損失，只是他們可能欠缺調節情緒或行動的能力，進而其形成行為決意的過程在某些情境下容易受到影響而已，其認識判斷能力並不會因此喪失或有任何減損。本文認為，此時直接將風險全面移轉給第三人或扶助體制管轄，不允許主體實行風險行為，可能是低估或者取消了主體已經具備的部分自我負責能力。質言之，在主體具備認識判斷能力的前提下，其趨近完全自願性的程度與不具備認識判斷能力之人已有重大落差，此時較妥適的方式應該是盡可能地使得行動者能夠做出符合或高度趨近於自主的選擇，即嘗試排除心理能力的欠缺對行為人形成決意的過程造成的障礙。要之，縱使要透過一個外於行動者自身的程序或擔保機制來決定是否允許／阻止行動者的風險行為，也應該是以確認其自願性為導向，而非如同欠缺認識判斷能力者一般直接由外部的體制或第三人管轄風險，一概禁止行動者為風險行為。實際上，個人發展自主性的過程中，本來就包含依其當下的意願探索世界的必要性，在個人達到完全的自主前的漫長時間中，一律禁止個人實行風險行為而將其置於溫室之中，反而有害於其自主性的培養。

第二節 法定代理人同意權之重新定位

在說明本文所採取的法概念以及自主性條件後，監護關係應該可以透過「自由法秩序之補充性扶助體制」取得可能的立足點。以下本文便以此基本立場為主軸，檢討現行同意權制度何以「走偏」，並且在透過現有的實證研究說明未成年

doi:10.6342/NTU202402509

人是否符合本文所劃定的自主性條件後，嘗試提供較貼合自由典範的未成年人接受人工流產之合法條件。

第一項 法定代理人同意權之反省

法定代理人同意權的基礎中的一個面向是侵害家長的利益或功能，可類比於刑法中的和略誘罪。從傳統觀點來看，法定代理人同意權原先就是為了家庭本身或家長的利益而存在，因此在肯認監護制度具備刑法上的重要性之後，法定代理人作為監護體制的義務人，賦予法定代理人同意權似乎也可能解釋為對於監護體制的保護，此時似乎可以援引刑法上和略誘罪的處罰規定來理解法定代理人同意權制度。

詳言之，在本文的理解下，一般的個人法益犯罪涉及的主要是違反不侵犯他人自由領域的消極義務，所謂的監護關係僅有在扶助體制的概念下才能在刑法上取得適當的定位，例如在監護人並未撲滅發生於被扶助人身上之法益風險時，可能該當不作為犯。不過，扶助體制基於其功能性，不能排除其亦有某種受到刑法積極保護的可能性，可能體現此種特殊的情況者即為和略誘罪。以和略誘罪之規範保護目的而言，雖然亦有論者開始提倡以未成年人之最佳利益作為該罪之保護重心，然而依照本文前開對於法的理解與說明，未成年人最佳利益之概念可能同樣落入了某種利益衡量的邏輯，其判斷結果可能只是某種主流價值的產物，原則上缺乏直接作為刑法保護對象的適格性，也多少存在因欠缺統一而便於操作的標準，使得成罪與否的判斷缺乏明確性的疑慮。總之，多數見解從最廣泛的角度來說，仍然傾向認為和略誘罪之保護目的在於確保家長的監督權限。

觀察和略誘罪的構成要件行為可以發現，其處罰的行為模式主要著重在行為人將未成年人帶離家庭或其他具有監督權限者，和誘與略誘之差別僅在於該帶離行為是否違反未成年人之意思。依照現行的實務見解，和略誘罪之成立必須考量時間的久暫，空間上的隔離、訊息的屏蔽程度等，綜合判斷該行為對於監護權之

doi:10.6342/NTU202402509

行使與未成年人受保護教養之權利受侵害之程度是否達到可罰程度，而非一旦造成監督權行使之障礙，即可一概論以本罪[471]。學說上也有認為，本罪的構成要件行為重在使得未成年人與監督權人有持續一段時間的空間上隔離，而非行為人是否將未成年人置於自己的實力支配之下[472]。由此可知，和略誘行為對於監護義務的攻擊程度之所以逾越非容許的界線，可以從攻擊手段本身與持續時間兩個面向來觀察。就手段而言，和略誘行為所指涉的案例是未成年人完全脫離有監督權者的掌控範圍，或至少使得監督權人難以行使監督權限，例如與使得未成年人與家長斷絕關係或聯絡等[473]；就時間長度而言，雖然並不要求達到經年累月的程度，但一般也認為必須以家長失去對未成年人的消息或無法知其去處達數日以上，方能構成本罪[474]。

依照本文對於所謂家長權概念的梳理可以發現，傳統上對於家長之監督權限所採取的是一種權威式、不問其功能或實效的理解方式，也就是認為家長對子女

---

471 最高法院 111 年度台上字第 2682 號刑事判決：「因此，父母雙方共同行使親權（監督權）之情形，一方因感情破裂而不願繼續同居時，未徵得他方同意，即攜其未成年子女離去共同居住處所之單方行使親權行為，是否應論以略誘罪，應併考量其子女利益之維護，以為論斷。舉如：離家之父或母一方與未成年子女間客觀上依附關係之密切程度，隔離之時間久暫、空間距離遠近及訊息屏蔽方式等手段之使用，對監護權人行使監護權與受監護人受教養保護權益所造成之影響等各節，本於社會通念綜合判斷，並非一旦使他方行使監督權發生障礙，均概以本罪論處。」

472 薛智仁，前揭註 38，頁 156-157。

473 如最高法院 95 年度台上字第 3633 號刑事判決：「意圖使被誘人為性交而和誘未滿十六歲女子脫離家庭罪，必須具有使被誘人脫離家庭之意思，而移置於自己實力支配之下始可；所謂置於自己實力支配之下，係指和誘後，被誘人事實上已移置於自力支配範圍內，而與親權人完全脫離關係。」；最高法院 20 年上字第 1509 號（舊）判例：「刑法第二百五十七條第二項之略和誘罪，以使被誘人脫離親權人等為其構成要件之一，故事實上須將被誘人移置自力支配範圍之內，而與親權人等完全脫離關係，易言之，即使親權人等對於被誘人已陷於不能行使親權等之狀況，方與該項罪質相符。本案甲被誘人，雖被上訴人引誘私行租房同居，而與其母並未斷絕往來，不過詐稱住在學校以資掩飾，尚難謂為完全脫離親權人之監督。」

474 最高法院 85 年度台上字第 2537 號刑事判決：「且告訴人於案發後即向警方申報其女失踪，並多次至上訴人處找尋蔡○滿無著，業經證人王○健等人供證屬實，自係無從行使其監督權，……再和誘行為固以具相當期間為必要，惟如已達監督權無從行使之地步即屬相當，亦不以經年累月為必要……。」；最高法院 93 年度台上字第 6703 號刑事判決：「又未成年人縱因一時在外工作或求學，未能與其家庭之監督權人同居一地，但和誘該未成年人使之脫離家庭，仍係直接侵害其父母或家長之監督權。是A女縱因工作及求學而單獨離家在外租屋居住，但上訴人既引誘其離開租處及學校達五日之久，致其父母不知A女之下落，亦無法與其聯絡，顯已侵害其父母之監督權。」

doi:10.6342/NTU202402509

存在一種固有的控制權，而不得由他人任意破壞監督關係。在這樣的理解下，對於此種家長絕對權威的否定本身才是和略誘罪的關注對象，無論是子女的利益或自由都是反射地受到實現而已。惟在本文以自由作為法之基礎的理解之下，所謂的監護或監督關係毋寧是一種功能性的存在，家長與未成年子女的監護關係作為一種扶助未成年子女自主性的單向補充性體制，其受到刑法支持的唯一理由在於這項體制性義務的履行能夠避免不具備自由的經驗性前提要件者，承受此種非自主行使所造成的法益侵害結果。若然，則對於扶助體制運作的破壞，也必須考量該行為是否干擾了扶助體制的功能性運作，並且達到法所不容許的程度。質言之，家庭作為一種既存的社會互動框架，家長對未成年甚至是子女的「管教」或意見衝突，只要無涉雙方作為自我負責主體的基本權干預，原則上也不屬於刑法所要處理的範圍，而沒有在刑法上透過家長「權」來加以保護的正當性或必要性；反之，若家長與子女的互動已經以非容許的方式侵害自由權利，亦無從因為家長「權」排除可罰性。換言之，家長或監護人履行體制義務的要求，並不當然能夠推論家長必須擁有某種受到保護的「家長權」[475]。

由此觀之，若從本文對於監護扶助體制的功能性理解出發，干擾扶助體制運作的可罰性基礎其實在於透過阻礙扶助體制運作而有害於未成年人的法益，困難的問題則在於可罰性的界線應該如何劃定。首先，刑法並非不附條件地保護扶助體制本身，因此可罰的侵害行為應該以其是否干擾扶助體制確保無完全自我負責能力者受到法益風險的功能為判斷標準，對於扶助體制功能性的破壞也必須以惡化或阻礙該功能為限，若行為人並未使得扶助體制難以行使此種最起碼功能，其可罰性即值得懷疑。另一方面，即使行為人直接或間接地削弱監護扶助體制的運作現狀，惡化既有扶助體制的運作效能，也不直接代表該風險就應該由行為人承擔。理由在於監護扶助體制的功能性運作原則上是由擔負此種體制性任務者來實

[475] 指出家長必須為「合義務裁量」而無法為任意裁量，因此家長所擁有的裁量權限並非家長權者，李淙源，前揭註 39，頁 168-169。

doi:10.6342/NTU202402509

現，其亦有維持扶助體制正常運轉的義務，從而如果監護權人因為扶助關係受到輕微的干擾即放棄履行扶助義務，其自應該基於違反刑法所賦予的積極義務而受到非難。質言之，一種較為極端但常見的情況是，未成年人受到同儕影響或慫恿而與家長關係惡化，此種情形同樣可能破壞原先順暢的扶助功能，使得家長必須花費更多心力實現對未成年人的法益保護義務，惟結論上仍難以認為此時應該將扶助功能效率的減損歸責給同儕，對其課與刑責。綜合以上所述，和略誘罪之所以跨越可罰性門檻，原因可能在於其並非只是輕微干擾扶助功能的運作，而是透過隔離未成年人與家長、阻斷雙方的聯繫達相當期間，達到幾乎完全剝奪監督權人實現扶助任務可能性的程度。

而本文所探討的未成年人接受人工流產須經法定代理人同意的規定，是否可能理解為是對於監護關係本身的保護？依照本文的分析，法定代理人同意權的規定固然可能與立法者或大眾傳統觀念上希望維持家長子女關係的親密性或是家長對於家庭事務的掌控與安排有關，不過這種看法如果不是從家長對於未成年子女的監護扶助義務出發來理解，形同回歸將不附條件的家長權作為刑法保護對象的老路。本文已經說明，家長或監護人在刑法上的意義應該以其承擔的扶助義務為核心，如果說家長有何相應的權利或受到刑法保護的可能性，也必須緊扣該義務的實現權限，這也體現在和略誘的處罰規定上。質言之，不可否認未成年人的非預期懷孕事件與生育決定都牽動整個家庭的互動型態與經營方式，而多多少少將對家庭成員產生正面或負面的實質效果，然而若要考慮家長對生育決定所擁有的利害關係，實已屬於利益衡量的邏輯而與本文的基本出發點相扞格，更何況在成年婦女的情形，只要其具備合法的墮胎事由，除了飽受父權遺毒批評的配偶同意權之外，原則上婦女並不需要考慮其他家庭成員對生育決定的感受或利害關係，顯然生育決定的重要性或切身相關性並不能直接推導出家庭成員具有最終決定同意或否決的權利，否則實際上是抹滅了懷孕者的主體性，並且也忽略了懷孕婦女往往才是對於生育決定最具備利害關係者。

doi:10.6342/NTU202402509

從維繫或增強扶助功能的角度來看，社會傳統倫理所強調的家庭親密性、家長對於家庭的掌控安排、家長的情感利益等與家庭互動有關的元素，雖然可能都能發揮如同潤滑劑一般的效果，協助監護扶助體制更順暢有效的運作，提升監護人的照護效率或意願等，但刑法所要求的僅是監護扶助體制能夠維持其基本功能的正常運作，也就是在足夠接近被監護人的前提下，家長能夠大致接觸被監護人的生活，進而得以發揮照護的功能，而非要求一種最佳化、最理想的高標準、高效能運作模式，正如同家長以違反子女最佳利益的方式進行養育時，也不會受到刑法的處罰。並且肯認某些情感利益對於監護扶助體制的正向作用，並不代表對於此種利益狀態的干擾就必然是可罰的侵害監護扶助體制行為。相較於和略誘罪所處罰的行為態樣，單次未經法定代理人同意的人工流產行為，殊難想像將直接且全面地妨礙扶助體制的功能性運作，反而是當監督權人嗣後因此決意放棄履行對於未成年人的扶助任務時，仍然必須受到非難。從另一個角度而言，若要認為未經法定代理人同意的人工流產行為在行為當時仍然短暫地完全妨礙、排除了扶助功能的介入而有可罰性，則所有以未成年人為行為客體的形式法益侵害行為，都將因未能得到法定代理人的同意而同時具有侵害扶助體制運作的不法性，此似乎並非合理的解釋結果。

據此，本文認為法定代理人同意權的規定不能以對監護扶助體制本身之保護作為其正當性基礎而擁有使行為人入罪之效果，更不應該混入家長權的觀念。對未成年人實行人工流產之行為是否可罰，應該單純回歸其是否違反刑法上的一般消極義務為斷，也就是不侵犯他人自由領域、對於他人自我決定加以尊重的消極義務。因此未成年人接受人工流產行為的可罰性，取決於未成年人是否具有自主性而能對於其行為決定自我負責，以及在無法認定少女具有完全自我負責之能力時，應該如何處理的問題，此時扶助體制的具體角色，至多僅可能在自主性的判斷上發揮影響，即其可能有補足或擔保未成年人之自主性的效果，而非自成受保護的對象。

doi:10.6342/NTU202402509

第二項 兒少自主能力之形貌

如同本文前開所言，自主的決策能力所涉及的不僅是能夠了解、消化相關資訊的初階認識判斷能力，也因為決策的過程可能受到各種情緒或壓力的影響，使得個人必須具備一定的控制能力，才能確保認識判斷能力的行使能夠與決策者的決意及具體行動有所連動。對於兒少自主能力的分析，也可以區分為這兩種主要的能力來說明。

就認識判斷能力而言，最早由發展心理學家 Jean Piaget 提出的認知發展理論便認為兒少的認知發展階段大約至 14 歲時即已成熟。Piaget 的研究探討兒少從出生起如何進行吸收知識、適應環境的過程並培養解決問題的思考能力，並將兒少的認知發展過程區分成四個階段，其中最後一個階段為「形式運思期」（Formal Operation），並且其觀察到 11、12 歲以上的兒童已開始具備邏輯與抽象思考的思維能力，可以根據可得的資訊對假設性的問題進行推演而得出結論[476]，這樣的能力發展並在 14 至 15 歲時達到均衡狀態[477]。隨著近代對於青少年階段決策能力的研究累積，許多致力於青少年認知能力的研究也一再說明了青少年認知能力的早期發展。有些研究觀察到青少年大約在 16 歲時就已展現出於成人無顯著差異的邏輯論理能力，進而認為青少年的認知能力在 16 歲時就已成熟[478]。也有研究指出與成人相比，青少年最晚在 15 歲之後就同樣能夠在決策情境中進行理性運算，也沒有呈現更為明顯的「個人神話」（personal fable）現象[479]，即可能對自己的能耐產生極度錯誤偏差的認知，感受到自己是無堅不摧、不會受到傷害的，或認為最糟糕的風險不會發生在自己身上等等[480]。反之，並沒有證據指出與決策相關的邏

[476] 張春興（2009），《現代心理學（重修版）：現代人研究自身問題的科學》，頁 268，東華。

[477] BARBEL INHELDER & JEAN PIAGET, THE GROWTH OF LOGICAL THINKING FROM CHILDHOOD TO ADOLESCENCE 120-122 (1958).

[478] Grace Icenogle et al., *Adolescents' Cognitive Capacity Reaches Adult Levels Prior to Their Psychosocial Maturity: Evidence for a "Maturity Gap" in a Multinational, Cross-Sectional Sample*, 43 LAW HUM. BEHAV. 69, 71 (2019).

[479] Marilyn Jacobs Quadrel et al., *Adolescent (In)vulnerability*, 48 AM. PSYCHOL.102, 111-113 (1993).

[480] 江南發（1995），〈青少年自我中心主義與偏差行為〉，《教育資料研究》，7 期，頁 5。

doi:10.6342/NTU202402509

輯能力在 16 歲之後會發生系統性的改變或成長[481]。除了上開研究傾向較為廣泛地觀察青少年的決策模式，不少聚焦在未成年人進行醫療決策過程之研究也已經指出青少年大約在 14 歲時就具備與成人相當的理性能力，能夠對醫療行為進行有效的同意[482]，學者進而認為醫療行為的同意門檻應該有所調降，才能實現兒少的醫療自主權。

不過，引導決策過程的因素並非僅有認識判斷能力而已，越來越多有關青少年行為模式的研究也發現，青少年雖然可能已經具有充分的基本認知能力，能夠了解行動的意義與可能的風險，但卻可能缺乏抑制情緒的能力，使得青少年在特定的決策環境下，更容易錯估風險或難以依照理性計算能力所得出的結果來行動，這也是造成青少年情緒化或產生偏差行為的主因之一。

文獻指出，即便未成年人擁有與成人相近的認知功能，惟其「社會心理能力」（psychosocial）尚未發展完全。Elizabeth Cauffman 與 Laurence Steinberg 以三個與社會心理能力相關的因素作為研究對象，分別是關於自我依賴（self-reliance）、獨立等特徵有關的「責任」能力（responsibility）、個人得否換位思考、納入不同觀點的「洞察」能力（perspective），及控制衝動來抑制具體行動、自我控制的「節制」能力（temperance）[483]。其研究結果指出，青少年的社會心理成熟度與反社會決定的形成，都與年齡有關，不過社會心理成熟度對反社會決定的影響甚至更為顯著。Cauffman 與 Steinberg 在對 1000 名擁有不同教育程度、種族等背景的受試者進行問卷、量表調查後，認為個人的社會心理成熟度在

---

481 Willis F. Overton, *Competence and Procedures: Constraints on the Development of Logical Reasoning*, *in* REASONING, NECESSITY, AND LOGIC: DEVELOPMENTAL PERSPECTIVES 1, 22-30 (Willis F. Overton ed., 1990).

482 *See* Lois A. Weithorn & Susan B. Campbell, *The Competency of Children and Adolescents to Make Informed Treatment Decisions,* 53 CHILD DEV. 1589, 1595-1596 (1982); Thomas Grisso & Linda Vierling, *Minor's Consent to Treatment: A Developmental Perspective*, 9 PROF. PSYCHOL. 412, 416-425 (1978).

483 論者也強調，這些能力之間有可能相互影響或包含，並且也可能部分涉及認知能力的運作，惟仍然可以作為判斷社會心理能力的重要指標。Elizabeth Cauffman & Laurence Steinberg, *(Im)maturity of Judgment in Adolescence: Why Adolescents May Be Less Culpable Than Adults*, 18 BEHAV. SCI. LAW 741, 745 (2000).

doi:10.6342/NTU202402509

16 至 19 歲之間呈現最劇烈的轉變，尤其在洞察能力與節制能力上更是呈現此種趨勢[484]。結論上而言，其認為基於多數青少年在社會心理能力上的缺陷，即使其認知功能健全，仍然會導致青少年傾向採取高風險的行動，這樣的趨勢雖然不是毫無例外，惟應該已經足以使年齡成為可行的規範性判準[485]。

除此之外，神經科學對於青少年腦部結構的觀測研究也有類似的結論。Laurence Steinberg 認為青少年的風險行為可能與他稱之為「社會情緒系統」（socioemotional system）及「認知控制系統」（cognitive control system）的互動關係有關。「社會情緒系統」是指大腦邊緣區域的部位，其包括主導情緒產生的杏仁核（amygdala）與獎賞系統（ventral striatum）[486]；「認知控制系統」則是與前額葉皮質（prefrontal cortex，PFC）有關，能夠促進個人的自制力（self-regulation）[487]。前者即主要涉及人類直覺性、無意識、自動依照感受採取回應的行動，後者則是涉及個人的有意識的控制、深思熟慮地分析與反思等較為高階的認知功能[488]。其中獎賞系統的發展時序較早，例如負責處理情緒並將之作為獎賞系統運作材料的杏仁核，就從兒童時期即開始發展，至青少年時期逐漸成熟；反之涉及控制系統的前額葉皮質卻在青少年時期才開始成熟，直到成人階段的初期才算達到成熟的程度[489]。

Steinberg 認為影響青少年風險導向的行為主因正在於與多巴胺有關的神經系統（dopaminergic system）經歷了重組的過程，其中青少年會失去某種緩衝的能力來抑制多巴胺的釋放，總體來說對於多巴胺會更加敏感，使得潛在獎賞刺激的回饋性更高[490]，這也體現在青少年相較於兒童或成人而言更能感受到較為微小的

---

484 *Id.* at 756.
485 *Id.* at 757-759.
486 Grootens-Wiegers et al., *supra* note 454.
487 Laurence Steinberg, *A Social Neuroscience Perspective on Adolescent Risk-Taking*, 28 DEV. REV. 78, 83 (2008).
488 Douglas S. Diekema, *Adolescent Brain Development and Medical Decision-Making*, 146 PEDIATRICS S18, S21 (2020).
489 Grootens-Wiegers et al., *supra* note 454.
490 Steinberg, *supra* note 487, at 83-85.

doi:10.6342/NTU202402509

獎勵或回饋，也可能導致他們容易選擇回饋微小且成功機率並不高的選項[491]。實際上觀察不同時期青少年的行為，也可以發現青少年甘冒風險而尋求回饋（reward-seeking）的趨勢從青春期前開始發展，並在 15、16 歲左右達到高峰後逐漸下降[492]，顯示出較為快速、劇烈的改變曲線。相較之下認知控制系統則是依循較為和緩、漸進的趨勢發展，並且整體持續的時間較長，甚至到成年初期後都還存在持續提升的趨勢[493]。

要之，認知控制系統隨著前額葉皮質的結構與功能性變化，可以強化個人進行長期規劃、壓抑衝動行為的能力，並且隨著大腦中各個皮質區域的連結越趨成熟後，才能夠使個人的認知與情感之間取得協調，除了能夠更加謹慎地調節社會或情感資訊，也能夠透過社會或情感訊息來調節過度深思熟慮的決策過程[494]。以青少年而言，如果在特定的決策情境下，認知控制系統無法有效地「踩煞車」，抑制社會情緒系統的運作，就可能使得青少年投入高風險行為，讓青少年的行為顯露出莽撞、衝動、具攻擊性、情緒化、低估長期影響、忽略可能的替代選項等特徵[495]。

不過，雖然衝動控制的機制成長速度較為緩慢，然而並不是在所有的決策情境下個人的意志與行動均會大幅受到情緒的影響，文獻上大多即會再就個人的內部決策過程區分為「冷認知」（cold cognition）與「熱認知」（hot cognition），兩者的差別即在於個人所採用思維過程是否受到高度的情緒狀態介入，而使得個人難以三思而行[496]。論者指出，冷／熱認知只是一個較為單純的區分方式，不同的情境所激發的情緒程度都可能存在個體間的差異[497]，無法斷言何種決策內容必

---

491 Grootens-Wiegers et al., *supra* note 454.
492 Steinberg, *supra* note 487, at 88-92.
493 Laurence Steinberg, *A Dual Systems Model of Adolescent Risk-Taking*, 52 DEV. PSYCHOBIOL. 216, 221-222 (2010).
494 Steinberg, *supra* note 487, at 99.
495 Diekema, *supra* note 488, at S21.
496 Icenogle et al., *supra* note 478, at 71.
497 Sarah-Jayne Blakemore & Trevor W. Robbins, *Decision-Making in the Adolescent Brain*, 15 NAT. NEUROSCI. 1184, 1189 (2012).

doi:10.6342/NTU202402509

然使得個人的思維模式可被歸類於冷／熱認知過程，然而目前為止多數文獻仍然對於某些決策事項通常以冷／熱認知過程為主的結論並沒有太大爭議。時常被認為涉及熱認知、也就是容易受到情緒影響或驅動的行為包含駕駛、飲酒及犯罪行為；反之，一般認為投票、同意參與研究或進行自主的醫療決策，基本上都屬於冷認知的思維過程，原因是這些決策可能都有具備專業知識的可供諮詢對象介入，也通常沒有太多的時間壓力，較可以避免衝動決定的產生[498]。在青少年的熱認知過程中，最顯著的影響因子就是同儕在場的事實，相較於青少年在獨自一人的情境下進行決策，在同儕面前青少年對於獎賞的刺激更加敏感，也就更加容易實行危險行為，這也可以說明為何青少年的偏差或風險傾向往往在團體行動時特別容易出現，尤其是當下存在某種興奮狀態時[499]。

反面而言，當青少年經歷冷認知過程的思維模式時，其作成冒險行為決定的情形其實與成人並沒有太大的差別[500]，其認知表現從兒童時期進入早期至中期青少年階段經歷巨大的轉變後，在青少年階段的早中期以後便呈現持平的趨勢[501]。這點也與青少年的認識判斷能力之發展相吻合，換言之，在不涉及過多情緒起伏或驅動的決策過程下，未成年人其實在進入青少年的早期至中期階段，便可以做出被認為是有效且自主的決策。

綜上，依照現有的科學研究，未成年人接收、理解資訊並進行邏輯運算、演繹推理等認識判斷能力，最早至 13、14 歲左右，最晚至 15、16 歲即已發展完全，惟其腦部獎賞系統運作上的高敏感性等因素，導致其無法有效地控制衝動或謹慎地進行較為長遠的利弊衡量，容易做出危及自身生命、身體健康的行為。並且個案中青少年的社會情緒系統與認知控制系統如何運作，還取決於其是否經歷情緒化或容易刺激情緒的熱認知情境。

---

498 Icenogle et al., *supra* note 478, at 71.
499 Grootens-Wiegers et al., *supra* note 454.
500 Blakemore & Robbins, *supra* note 497, at 1187-1188.
501 Icenogle et al., *supra* note 478, at 71.

doi:10.6342/NTU202402509

需要特別強調的是，本文並不是宣稱某種腦部活動的不同必然擁有規範上的重要性，或採取某種決定論式的模式將個人的行動完全歸咎於腦部活動[502]。詳言之，本文並不否認成人也會有衝動的時候，成人在決策時並非絲毫不受到情緒的影響，例如我們可能會預期自己對於特定行動及其替代方案可能產生的不同情緒，進而決定自己要採取或迴避何種行為；我們也可能受到決策當下既存的、甚至可能是與決策情境無關、毫無來由的情緒影響決策內容[503]。同理，本文也肯認青少年傾向採取冒險行為的趨勢亦可能與其個人性格有關，學者也指出年齡實際上並非最具有預測性的指標或是絕對不存在例外的標準，例如研究中仍有部分青少年顯露出充分的成熟度[504]，同年齡層的青少年中衝動控制與尋求獎賞回饋的程度也不盡相同[505]。也因此本文所採取的自主性標準並非以行為人當下是否確實處於平穩自持的狀態為斷，而僅是以個人是否具備達成自我控制的基本能力為標準。反之，若是將所有的行為成因或動機都歸咎於腦部活動，則會使得負責的前提完全被取消，個人的意志僅是一種生物性的存在而不再具有重要性，此亦與本文所採取的自由意志觀點相悖。

雖然神經科學的研究尚無法直接證明個人的行動必然與腦部活動有關，僅是試圖為個人行動提供解釋，亦無法排除現有的科學研究可能在未來遭到推翻，然而我們也僅能以當下人類感官知識所能獲取的資訊作為判斷的依據。當代對於未成年人的研究發現青少年的神經系統發展可能導致其對於社會情緒的影響呈現特殊的敏感性[506]，而與成人呈現出顯著且非出於偶然的不同。則雖然未成年人的衝動或冒險行為有可能是出於其性格使然，也不能排除可能是腦部結構以外的社

[502] 已有文獻對於腦科學研究在判斷刑事責任能力上所應扮演的角色提出更為詳細的批判與說明，參 Stephen J. Morse, *Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note*, 3 OHIO STATE J. CRIM. LAW 397, 398-406 (2006).

[503] Dustin Albert & Laurence Steinberg, *Judgment and Decision Making in Adolescence*, 21 J. ADOLESC. RES. 211, 216-217 (2011).

[504] Cauffman & Steinberg, *supra* note 484, at 758.

[505] Steinberg, *supra* note 493, at 222-223.

[506] Albert & Steinberg, *supra* note 503, at 216-217.

doi:10.6342/NTU202402509

會、心理因素所導致，不過以當代研究所獲致的結論共識而言，腦部結構的影響可能具有相當的重要性，否則可能無法解釋青少年與成年階段在形成決策過程所呈現出的巨大差異。同時，未成年人可能尚不具備完全的反思能力，其在決策當下可能欠缺了解自己受到情緒驅動、或是認識到自己處於無法抑制衝動的發展階段或狀態之能力，從而在多數情況下，未成年人受到高度情緒刺激而做成的行為決定，應該存在欠缺完整自主性的疑慮，必須透過額外的程序確認或排除可能損害自主性的因素。

綜上，本文認為合理的標準在於考量個人的認識判斷能力與自制能力，至於未成年人實際上是否具備此種能力，則屬於相關科學實證研究能夠進一步辯論的問題，本文無欲一錘定音。惟無論如何，在本文所設定的應然標準之下，較為一貫的做法應該是根據個案情形，實際確認未成年人是否處於受到情緒驅動的決策情境，以及其是否已經擁有充分的認知控制能力，並非一概認為未成年人必然不具備完全的自主性，至於年齡則是考慮到蓋然性以及人際互動的方便性、安定性而不得不劃定出的標準，原則上應該有推翻的可能性。

第三項 制度設計之建議與展望

承上所述，本文認為自主性實以個人具備決策能力且不受到來自他人的強暴脅迫為條件[507]，而所謂的決策能力應指認識判斷能力及基本的自我控制能力。並且唯有在個人欠缺上開完全自我負責的條件時，扶助體制始有介入的可能性，以維持無完全自我負責能力者的法益完整性，使其最終得以達成完全的自主。具體而言，認識判斷能力作為個人形成決策的第一步，涉及個人是否可以理解其當下決策的內容、透過演繹、推理或基本運算的能力，設想可能發生的侵害結果並規劃其要達成特定的目標所應採取的行動，而在具備認識判斷能力的個人做出直接

[507] 至於強暴脅迫的定義，涉及強制行為非容許界線的劃定，是另一個本文在此無法詳盡處理的問題。

doi:10.6342/NTU202402509

導致法益侵害的行為決定時，通常決策者實際上也真實地認識到自己行為決定所象徵的法益侵害意義，此處的概念即是一般所稱的「被害人承諾」。並且既然認識判斷能力指涉的是個人在個案中對於特定的決策事項及其相關資訊、行為意義是否具有一定的可理解性[508]，則可以想像若涉及的決策事項相對較為單純，所要求的認識判斷能力亦可能隨之下降。若行動者不具備基本的認識判斷能力，其做出的行為決意即是一種受到生物性驅使的行為決定，嚴格上來說並沒有包含有意義的意志內容，無法標示為具備自我負責效果的承諾。

此外，個人若欠缺基本的自我控制能力，也可能導致其擁有的認識判斷能力無從發揮效果。也就是個人雖然能夠判讀決策所需的資訊、了解不同行為選擇可能引致的風險，並依照自己的價值選擇進行利弊評估後，形成符合自己追求的行動計劃，然而欠缺基本的自我控制能力可能導致個人在運用認識判斷能力形成終局行為決意的過程中受到阻礙，並且也難以期待欠缺基本自我控制能力者能夠在行為當下反思自己所處的決策脈絡或決策內容，從而改變或堅持原先的決定。不過，如果個人具備基本的認識判斷能力及自我控制能力，則其在決策當下固然受到緊張焦慮、急切、興奮的情緒影響，而使其作出看起來衝動、不理智的決定，然而此應該屬於個人可以透過其反思能力理解並調節的範圍，不影響其自主性的判斷及應對行為結果自我負責的結論。

而從實證研究來看，儘管具體的年齡依照研究方法的不同而有些許落差，然而學者大多能夠同意未成年人的認識判斷能力在 14 至 16 歲之間已與成人幾無二致，而在針對醫療行為的研究中，一般也認為 14 歲的病患已經擁有充分了解醫療行為內容與風險之能力。不過，棘手的問題在於未成年人在青少年階段時，其腦

[508] 此處的可理解性指得是能夠大致理解相關資訊，以及如何將該資訊的意義與決策相連結，至於是否確實地認識並完全理解該資訊，則屬個人應該自我負責的範圍，否則在個人怠於查詢重要資訊、或者涉及專業事項的非日常生活決策中，形同認為個人毫無做出懈怠、粗心決定的容許性，或只有擁有專業知識者才有自我負責能力，亦即又回到了以「資訊充分性」作為自願性標準的謬誤。

doi:10.6342/NTU202402509

部組成結構欠缺對於情緒性反應加以抑制的機能，使得其容易放大並追求微小的獎賞刺激回饋，而採取高風險的行動，尤其在高度涉及情緒性因素的「熱認知」行為情境中更是如此。由此也可以看出，認識判斷能力的形成應該早於自我控制（或稱認知控制）的能力。

據此，我們可以將未成年人依照其所擁有的決策能力區分為三種類型，並且制度上亦依照其決策能力的特徵而容有不同的合法要件。**第一種**為同時具備認識判斷能力與基本的自我控制能力者，隸屬於此種類型的未成年人實際上已經具備完整的決策能力，亦即其具備自我負責的內在條件，只要其決策並非基於外在的強暴脅迫而做成，該決策帶來的風險及實質損害即應由該未成年人自行承擔，無從因其損害的重大性否定其決策的有效性。簡言之，具備上開能力的未成年人，得以自為人工流產決定，無需取得法定代理人同意[509]，惟醫生仍須依照當代醫療實務的運作常規（即所謂「告知後同意」），給予未成年人與人工流產行為相關的充分資訊，乃屬當然。

第二種為不具備基本的認識判斷能力者，屬於此類型之未成年人通常也不具備充分的認知控制能力，然而無論其是否具備充分的認知控制能力，如前所述，不具備認識判斷能力者根本無從形成有效的行為決意，也就無法使其為因此而作成的行動自我負責，此時仍有必要透過扶助體制的介入，來避免其因無法自我負

[509] 並且，考量到立法政策上不得不以劃一的年齡作為標準，或可考慮允許一定年齡以上的未成年人（如 14 歲以上）得以透過法院儘速裁定之程序，由法院判斷其是否已具備完整的決策能力，而得以免除家長之同意，如此亦使實施人工流產之醫師不至於因擔憂刑事責任而一律拒絕為未成年人實行人工流產，反而使得具備完整決策能力之未成年人之自由仍受到限制。設定最低年齡的理由在於，當特定年齡以下之人幾乎均無充分的認識判斷能力時，若開放所有未成年人均得循法院裁定程序判斷是否擁有完整的決策能力，實際上可能造成無認識判斷能力之未成年人為了逃避告知家長而執意開啟法院審查程序，可能白白地拖延接受人工流產的時程。不過，本文亦肯認是否設立此種程序，可能還必須考慮實際上需要透過此種程序推翻年齡推定的人數需求、法院為了確認未成年人的決策能力而需要付出的成本及能否負荷此等工作量等等。並且即使立法上並未設立此種程序，若正確地認識到判斷標準應該以完整的決策能力而非呆板的年齡為斷，則個案中醫師仍然可能因事後確認未成年人確實具有完整的決策能力（有效的被害人承諾），或基於醫生誤以為未成年人已具備完整的決策能力，而得以適用容許構成要件錯誤（誤想之被害人承諾）來出罪。故立法上是否要特別設立推翻年齡推定的特別程序，本文尚持保留態度。

doi:10.6342/NTU202402509

責的行為而有害於未成年人自身的生存狀態，進而可能喪失成長為自主個人的前提。且由於此時未成年人係完全欠缺理解行為意義的經驗性條件，扶助體制若僅是發揮輔助、監督、提供意見的作用而無強制介入的可能性，實際上並無法有效地發揮扶助功能，因此有必要直接將不具備認識判斷能力之未成年人的法益風險全面移轉給扶助體制管轄，賦予扶助體制迴避未成年人法益風險的義務。而依照本文前開的說明，扶助義務人即預設為父母，此時原則上尊重父母對於未成年人法益支配的相關決定，例如父母可以決定是否讓未成年子女施打疫苗、參加運動比賽。不過若家長的決定顯然逸脫了法益保護、協助未成年人子女參與社會交往以培養自主性的任務範圍，則應屬體制義務之違反，此種情形通常是涉及未成年子女的生命或重大身體法益的情形[510]，例如對於未成年子女的自殘行為袖手旁觀、未加以阻止或救助等。

據此，不具備認識判斷能力之未成年人，需由家長同意始得接受人工流產行為，並且依照本文之見，較為妥適的做法應該是具體判斷個案中個別兒少是否具備認識判斷能力，惟考慮到認識判斷能力實際上呈現量差關係，具體門檻的劃定不易，從而實務上仍有制定明確的年齡標準來降低互動不安定性的需求，本文認為認識判斷能力的年齡門檻或可參考醫療法領域對於未成年人何時對醫療行為具備充分認識判斷能力之意見，以 14 歲為基準，不過此應仰賴對於未成年人就人工流產行為的認識判斷能力進行更為本土、完整的研究方能獲致更有力的結論。在少女希望接受墮胎時，原則上尊重家長對是否同意未成年人接受人工流產進行利益衡量與評估，選擇同意或拒絕未成年人接受人工流產，惟其決定不得明顯提升未成年人之生命或身體法益風險。例如未成年人繼續懷孕將有極高的死亡機率，惟其接受人工流產所遭受的身體法益風險尚輕微時，法定代理人若拒絕其接受人

[510] 一個可以討論的問題是，為何此處的決定權限範圍需要以法益的重大性為重要判準之一？誠然法益的重大性與自由的行使並無必然關聯，亦即具備自我負責能力之人本即可以自由決定其心中的法益位階，也可以自己決定是否放棄公認的重大法益，惟在不具備自我負責能力者的案例中，因其無從有效地做出放棄法益的決定，因此第三人的干預標準只能從一種利益的觀點出發，以維持個人的生存狀態作為首要考慮。

doi:10.6342/NTU202402509

工流產，應屬親權的濫用，而需要由其他自願承擔扶助義務者或國家加以履行扶助體制之保護義務。反之，在未成年人僅是基於優生學之事由墮胎，惟其接受墮胎的死亡率極高的情形，自扶助體制的保護義務來看，法定代理人亦不得同意未成年人接受人工流產。

換言之，在不具備認識判斷能力之未成年人案例中，原則上法定代理人同意權仍有存在之正當性，惟就此等未成年人因生命或重大身體法益風險而顯然必須接受人工流產的情形，或可考慮在制度上允許少女直接透過法院的裁定程序免除家長的同意，否則若需要待家長拒絕同意少女接受墮胎，再由相關人士以親權濫用為由聲請停止親權並由法院作出停止親權的裁定[511]，再由承接監護義務者做出有效的同意，整個過程可能過於費時而提升少女的生命、身體法益風險。

第三種則是雖然具備認識判斷能力，卻欠缺基本認知控制或自我控制能力之未成年人。依本文之見，此時未成年人並非全然不具備自主性的條件，其甚至具備作為自主性核心之認識判斷能力，尤其相較於認識判斷能力是所有自我決定的基礎要素，所謂的認知控制能力僅在部分涉及高度情緒成分的決策才會發揮影響力，則此時制度上較為妥適的做法應該是盡可能地擔保未成年人自我控制能力的欠缺並未明顯地影響其決策形成的過程，使得其決策結果的自願性也能夠受到擔保。

[511] 相關規定可見民法第 1090 條：「父母之一方濫用其對於子女之權利時，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，宣告停止其權利之全部或一部。」；兒童及少年福利及權益保障法第 71 條：「父母或監護人對兒童及少年疏於保護、照顧情節嚴重，或有第四十九條、第五十六條第一項各款行為，或未禁止兒童及少年施用毒品、非法施用管制藥品者，兒童及少年或其最近尊親屬、直轄市、縣（市）主管機關、兒童及少年福利機構或其他利害關係人，得請求法院宣告停止其親權或監護權之全部或一部，或得另行聲請選定或改定監護人；對於養父母，並得請求法院宣告終止其收養關係。」並且，法院雖然可以依照事件的急迫性做出「暫時處分」，惟其條件相當嚴格，可能難以有效防止未成年人接受人工流產時程的延宕。可參考家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第 4 條：「暫時處分，非有立即核發，不足以確保本案聲請之急迫情形者，不得核發。」

doi:10.6342/NTU202402509

具體而言，基於認知控制能力的特性，本文認為有幾種可行的程序方式能夠有效地擔保此類型的未成年人的人工流產決定具備充分的自願性。首先，立法上可以考慮設立「猶豫期／思考期」的規定。文獻上對於婦女接受人工流產須經思考期的規定長期抱持不以為然的態度，批評認為此種規定顯然是壓抑婦女生育自主權的行使，尤其在配套的諮詢制度根本無法提供婦女有關生養子女的重要社會福利資源時，本質上就是希望透過程序要求達到阻止婦女墮胎或至少增加婦女尋求墮胎的阻礙、提升難度的效果[512]，況且實際上尋求墮胎的婦女往往已經思考、掙扎數日甚至更久的時間，思考期的規定只是無謂地延長婦女接受人工流產的時程而已，甚至可能使得居住於較為偏遠地區的婦女必須在就醫後返家度過思考期後再次就醫，對較為窮困或缺乏社會經濟資本的婦女來說也是可觀的成本[513]。換言之，強制思考期及強制諮商的規定，是對於選擇墮胎而非生育的女性做出一種「不理性」的評價，認為婦女必須被「保護」不受到自己的影響，並且需要透過強制賦予的專業諮商程序，才能開啟真正的決策過程[514]，凡此都並不符合當今醫療法以病患為中心的趨勢。

在本文的觀點下，思考期規定是否正當，仍然必須回歸「自主」的概念來審視。在我國的法制下，婦女已經具備能夠接受合法人工流產的事由，則醫師得否對其實行人工流產，僅取決於婦女的意願。而依本文之見，一個具有自主決策能力的婦女所作出的墮胎決定，就是具備自願性的，甚至其是否經過「深思熟慮」亦無礙其自願性的判斷。除非醫師漏未告知有關人工流產藥物或手術的重要資訊，否則醫師為婦女實行人工流產實質上是協助婦女實現其自由，此時硬性地要求婦女必須經過一定的思考期，形同是以主流價值觀點對懷胎婦女的墮胎決定給予負面評價，並以保護為名禁止婦女就醫當下決意接受墮胎的自由意志獲得實

512 王皇玉，前揭註 84，頁 46-48；.

513 *See* RONALD DWORKIN, LIFE'S DOMINION: AN ARGUMENT ABOUT ABORTION, EUTHANASIA,AND INDIVIDUAL FREEDOM 173-174 (1993).

514 *See* Christian Fiala, *Abortion in Europe: Are the Laws and Practice Patient Centred?*, 59 ENTRE NOUS 23, 24 (2005).

doi:10.6342/NTU202402509

現，當然屬於對懷胎婦女自主權的剝奪。無論是「保護胎兒生命」、「保護婦女生心理健康」、「降低墮胎率」這類的政策目標，都不能作為合理化思考期的依據。

然而，未成年人欲接受人工流產的情況卻無法相提並論，因為此時未成年人若並不具備完整的決策能力，則思考期的設置首先也就沒有妨礙其依照健全的自主性實踐墮胎決定的疑慮。再者，就已具備認識判斷能力但尚不具備基礎自我控制能力的未成年人而言，思考期的設置極有可能足以有效地擔保此類型的未成年人之自願性。原因在於未成年人所欠缺的自我控制能力，很大一部分是涉及衝動行為，而思考期確實有助於降低衝動行為的產生，文獻上指出充分的考慮時間屬於形成前述「冷認知」情境的重要因素，反之在時間壓力下做出的決定則可能導致容易引致衝動行為的「熱認知」情境[515]。因此，在未成年人的墮胎決定可能出於在意同儕眼光、或因非預期懷孕事件過於衝擊而想要盡快終止懷孕事實的衝動情境下，思考期可能是緩和這些衝動因素的可行方式，至於思考期間的長度，則尚需要由立法機關參考醫療實務的研究意見加以擇定。

此外，另一種可能的擔保機制是在少女的決策過程中引入監護人的參與。詳言之，依照本文前開所述，不具備完全自我負責能力之未成年人，需要仰賴扶助體制的協助來實現自主性，並避免受到嚴重的法益侵害。而在未成年人已經具備部分自主性的情形，家長或監護人作為預設的扶助體制義務人，即被期待及預設能夠發揮協助未成年人自主性養成與行使自主決定的角色。因此，若少女的墮胎決定已經獲得家長同意的情況下，應該可以認為其墮胎決定有效，制度上無需另外確認少女的墮胎決定是否確實具備自願性。然而，「家長之同意可以擔保少女墮胎決定的自願性」，並不當然代表「少女墮胎決定的自願性必須透過家長之同

[515] *See* Irma M. Hein et al., *Informed Consent Instead of Assent is Appropriate in Children from the Age of Twelve: Policy Implications of New Findings on Children's Competence to Consent to Clinical Research*, 16 BMC MEDICAL ETHICS (Nov. 09, 2015), https://bmcmedethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12910-015-0067-z.

doi:10.6342/NTU202402509

意才能獲得擔保」。換言之，如果有其他同樣能夠擔保少女墮胎自願性的方式，便應該加以開放由少女自行選擇。

本文認為，少女雖然沒有取得家長同意，但已經告知家長、使家長知情的情形，應該也是充分能夠擔保少女自願性的可能途徑。原因在於，在少女已經具備認識判斷能力，僅欠缺基本的自我控制能力時，扶助體制所發揮的功能本來就不是以取代少女的自我決定為原則，毋寧是盡可能地確保少女的決定是眾多選項中最符合其自願者。如此一來，在家長不願同意少女的墮胎決定時，家長作為扶助體制之義務人應該也已經可以透過與未成年子女的溝通，發揮提供反對動機、弱化原先刺激少女做出衝動決定因素的效果，例如少女原先因在意同儕眼光、或因害怕東窗事發而欲「速戰速決」而急於尋求墮胎的情況，都可以有效地被緩和。

最後，少女的墮胎決定並非永遠都會受限於自我控制能力的欠缺而不具備自願性。本文前已說明當未成年人的思維過程係處於「冷認知」情境時，自我控制能力的欠缺對決策過程便不再有重要的影響。文獻上也認為醫療決定大多屬於「冷認知」情境，且從相關的訪談研究也可以看出多數未取得家長同意而接受人工流產的少女，都有尋求如其他親近親戚、教師或其他可信賴的成人之協助與建議，顯然並非在短暫的時間內立即作出衝動的墮胎決定。從而，雖然決策情境是否受到自我控制能力侷限的重大影響無法一概而論，惟在制度上至少應該允許少女有機會證明自己的墮胎決定無需另外經過前開思考期、家長同意／知情等特殊的外部程序，即已因係處於所謂的「冷認知」情境而屬於高度符合其自願性的決定。即在此可能也有必要允許未成年人能夠選擇以法院裁定的方式免除思考期或家長介入，依其自願自行接受人工流產。

doi:10.6342/NTU202402509

	有認識判斷能力	無認識判斷能力
有基本認知控制能力	**(1)** 允許自行決定 無程序要求	**(2)** 風險移轉管轄而交由承擔扶助體制義務者決定 需經家長同意
無基本認知控制能力	**(3)** 排除或確保其自願性 可行替代程序如：思考期、家長知情或同意、法院裁定免除上開程序	

表 1 自我負責能力之類型與相應之規範設計建議

綜上，本文認為未成年人符合優生保健法第 9 條第 1 項各款事由而欲接受人工流產時，必須依照未成年人決策能力的不同定其合法程序。在未成年人不具備認識判斷能力時，少女接受墮胎應經家長同意，惟家長之同意若明顯有害於未成年人之身體、生命法益，應屬親權之濫用；未成年人若具備認識判斷能力及自我控制能力，基於其已具備完整的自我負責能力，應該允許其自主決定是否接受人工流產，無需經過法定代理人之同意；若未成年人係具備認識判斷能力，但缺乏自我控制能力，則制度上應該以擔保、排除可能阻礙自願性的障礙，而非凌駕其自主決定為核心，具體而言可以透過思考期、家長知情權等方式為之，並且也應開放少女能夠經由法院裁定程序，由法院綜合醫師、社工、少女本人之意見，判斷少女的決策是否高度可能出於其自主行使之結果，例如可以透過社工了解少女作成決策的背景、情境與過往的生活歷程，判斷少女的認知控制能力以及是否高度受到同儕影響。至於家長同意權雖然可以作為擔保少女自願性的方式之一，但其並非唯一或最有效的方式，讓少女擁有選擇其他程序機制之可能性，除了同樣

doi:10.6342/NTU202402509

能夠達成擔保而非直接取代少女自主決定的效果，同時基於墮胎決定的特殊私密性質，這樣的替代機制也能附帶地維護少女的隱私權。

儘管本文認為未成年人接受人工流產之合法要件必須以未成年人之自主能力乃至於其墮胎決策的自願性為核心，而不應以扶助體制本身的保護為重，然而本文仍然肯認家長作為扶助體制義務人，其對於子女的照護義務有一定的展望性，讓家長參與或瞭解少女的生育決定，在多數情況下有助於實現使少女獲得更完善的支持或醫療照護等正面功能。然而此種考量應該可以透過社會福利系統來達成，也就是當家庭能夠發揮充分的支持功能，惟少女卻低估家庭的支持度、或因畏懼而不敢自行告知家長的情形，透過社會工作體系以家庭為導向的處遇模式，能夠協助少女與家長之間的溝通並降低非預期懷孕事件對家庭的衝擊，並且在這個過程中，社會工作體系也可以依照其專業判斷排除適應性低而可能因非預期懷孕事實面臨嚴重衝突之家庭。總的來說，未成年人是否可以依其自願決定接受人工流產，應該以其自主能力為判斷標準，至於家庭和諧或親密關係的維持，則非屬刑法應該積極實現的目標，應考慮透過社會福利系統的福祉提供來達成。

第三節 現行法及修法草案評析

第一項 現行法與實務見解評析

綜合本文對於傳統見解的批評與以自由法概念為核心的觀點，現行優生保健法除了在第 9 條第 1 項設有合法接受人工流產之事由作為阻卻墮胎罪之違法性的要件之外，其於第 9 條第 2 項就「未婚之未成年人」接受人工流產一律尚需經過法定代理人同意的規定應有全面檢討之必要。詳言之，依照本文的看法，法定代理人同意權的規定似乎是為了貫徹一種已經行之有年的家長權傳統，而傳統的家長權觀念是以家長對子女的獨占利益為內容，不得由他人任意干預，甚至追本溯源可以發現子女本身就作為家長財產的一部，這雖然符合立法當時的社會背景，惟顯然與現代自由法治國下人人作為平等法主體的基本價值不符。並且，雖然晚

doi:10.6342/NTU202402509

近見解試圖訴諸情感或倫理秩序層面的情感利益、家庭安排利益，甚至是家長的某些固有利益，然而此種途徑也形同是遵循利益衡量的邏輯，以某種社會價值壓抑了少女自主權的行使，亦無法正當化法定代理人同意權的存在。至於當代最流行的未成年人保護觀點，雖然未成年人具備需保護性一事並沒有太大的爭議，然而仍然缺乏有力的證據說明法定代理人同意權制度與未成年人最佳利益間的關聯，同意權的規定反而對未成年人的身心健康帶來了可識別的傷害。

而在本文所採取的自由法概念及對於扶助體制的功能性理解下，法定代理人作為承擔扶助體制義務之人雖然有存在的正當性及必要性，惟仍是以協助未成年人之自主實現以及消極地避免未成年人受到法益侵害之功能為主，未成年人並不因為欠缺完全的自主性而成為從屬於監護人的存在。在本文看來，若是希望以未成年人之自主性作為其證立基礎，則現行的法定代理人同意權不只錯誤地預設了所有未成年人必然都欠缺自主性的事實，而未正確地理解自主性的要件以及未成年人自主性欠缺的本質與態樣，且在所有情境中、對所有未成年人都附加家長同意權（同時也是一種否決權）的規定，可能反而是嚴重壓抑未成年人既存的自主性或自主培養的制度設計。換言之，自主性的內涵並非以年齡為斷，且自主性欠缺所造成的風險也不見得需要透過家長同意權才能治癒，毫無彈性的家長同意權制度實際上是剝奪了未成年人實現生育自決的一切可能。附帶一提，現行法以「未婚之未成年人」作為規範對象，雖然在民法修正合法結婚之年齡並與成年門檻一致後，不再可能出現「已婚之未成年人」而使得此處的「未婚」要件成為贅語，不過此要件顯示出立法者仍是依循民法上成年與否的標準確定未成年人的自主決定權範圍，惟民法上重視家庭倫理秩序之維持，近年來則逐漸重視未成年人之最佳利益，始終並未以自主性作為其規範設計之首要及唯一考慮，得否直接援引作為刑法上判斷未成年人自主行使範圍之標準，亦不無疑問，質言之，個人是否「已婚」，與其是否具備自主能力實屬二事。

doi:10.6342/NTU202402509

就實務見解而言，從本文的觀點出發，實務對於法定代理人同意權的理解可能也不完全正確。首先，從保護法益來看，部分判決提及未成年人之「家庭幸福」，或者法定代理人同意權得以避免墮胎決定所衍生的社會問題而具有公益目的等等，凡此均屬利益衡量及某種倫理道德之考慮，不應作為法定代理人同意權之基礎。再者，從自主性的觀點來看，不具備認識判斷能力之未成年人，在未得法定代理人同意之情況下，固然無法認為其墮胎決定符合「自願性」而使得醫師或施行人工流產之行為人得以以此主張阻卻違法，然而在未成年人僅是欠缺自我控制能力的情形下，未成年人的墮胎決定並非必然欠缺自願性，甚至在少數情況下較為早熟的 16、17 歲少女可能已經具備完全的自主能力，此時即應該於個案中判斷未成年人的墮胎決定是否有效，以及醫生的主觀認知是否具備不法性。並且，由於本條所規定之未成年人係已具備合法接受人工流產之事由者，因此本條之保護對象應僅剩下未成年人之身體權，則未成年人縱使不具備完整的自主性，其形式上同意接受人工流產的行為，並不導致未成年人必須擔負「侵害自己身體」的刑責。要之，未成年人在此並無刑責可言。同理，醫生是否侵害少女的身體權也必須以少女的決定是否具備自願性而定，現行法將家長同意作為合法人工流產的要件之一，可能是不當混入了外於身體自主權以外的考量，將本條的保護對象擴張及於其他社會價值或利益。至於在修法前，現行法似乎難以進行限縮解釋，應儘速修法方為上策。

第二項 修法草案評析

至婦女團體及主管機關近年來已試圖推動優生保健法進行修法，雖然尚未成功進入院會討論程序，惟其中已可見到關於法定代理人同意權規定的放寬。如衛福部於民國 111 年提出的修正草案中第 8 條第 3 項雖然仍然以「未婚之未成年人」作為規範對象之一，惟就法定代理人同意權的規定，該條規定「**但法定代理人、監護人或輔助人不同意者，未婚之未成年人、受監護或輔助宣告之人、其最近尊親屬、直轄市、縣（市）社政主管機關、兒童及少年福利機構或其他利害關**

doi:10.6342/NTU202402509

係人，得聲請法院儘速裁定免除該同意」。並且同條第 4 項規定法院在進行裁定之前，「得徵詢醫學、心理或相關領域之專家，並使利害關係人有陳述意見之機會」。修法理由指出新增本條規定係參酌民法、兒童及少年福利與權益保障法均有關於停止親權或監護權之規定，惟此等程序可能曠日費時，因此有必要另外設有得以由司法機關整合社政資源、快速且專業地進行裁定的必要，同時在未成年人與法定代理人意見不一致時，賦予第三方機關介入的可能性，以協助未成年人作成決定並保護其身心健康[516]。

本文認為修法規定立意良善，且大幅緩和未成年人無法取得法定代理人同意時，其墮胎時點的拖延可能帶來的負面效果。然而，修法草案係以「法定代理人不同意」作為開啟法院裁定程序之要件，也就是未成年人仍然必須優先尋求法定代理人之同意，在法定代理人表達否決時，才能尋求法院的裁定。但從實際效果來說，要求未成年人仍然必須主動告知並取得家長的同意，勢必導致不願意告知家長的未成年人拖延墮胎時程，並且若少女與法定代理人之關係適應性低，或原先即存在嚴重的溝通甚至暴力問題，則要求少女先取得法定代理人的同意，可能已經無法阻止家庭衝突的產生，以及其對於少女生心理健康的危害。

即使撇除這些實際效果不論，對本文來說，修法草案似乎仍然缺乏以未成年人自主性為核心的思維。析言之，修法草案與現行法的不同之處在於其允許未成年人得到法定代理人之「否決」後，得以請求法院裁定免除法定代理人之同意，修法理由指出是為了協助未成年人作成決定、保護身心健康、避免停止親權之程序費時過久等，然而單從這樣的條文內容與說明，我們無法看出，未成年人之所以能夠開啟法院程序，到底是不是以未成年人的自主實現為目標。況且修法草案僅規定法院得以參酌「醫學、心理或相關領域之專家」的意見來免除同意，卻並未說明法院所要徵詢的內容、目的以及裁定的標準為何，例如法院徵詢心理專家，是為了確定未成年人的心智狀況是否達到能夠自主決定的程度？抑或是為了

[516] 行政院衛生福利部國民健康署（2022），《優生保健法修正草案總說明及條文對照表》。

doi:10.6342/NTU202402509

判斷懷孕生產事實是否將影響未成年人之心理健康？相較之下，美國法上的「司法替代／豁免程序」（judicial bypass process）通常便是明確採取兩種標準，也就是法院可以基於認為「該未成年人已經能夠且充分了解墮胎行為的意義與效果而得以自主決定」或者是「允許該未成年人接受人工流產最符合其最佳利益」兩種理由來允許未成年人在未經法定代理人同意的情況下接受人工流產[517]，顯然是優先考慮未成人的自主性，並且在其不被認為得以自主做成墮胎決定時，以墮胎決定是否符合最佳利益為准許／駁回之裁定。

如果綜合修法理由的說明，本文推測主管機關的真意或許是傾向以「未成年人之身心健康」作為主要判準，因為相較於修正草案對於刪除配偶同意權的規定，明白表示係基於自主權及平等權的考慮，新修條文的內容似乎仍然預設未成年人必然不具備完全的自我決定能力，因此必須優先尋求法定代理人的同意。至於修法理由雖然提及「協助未成年人作成決定」，然而法院裁定免除同意的程序如何發揮「協助作成決定」的功能實在令人費解，並且在修正草案的總說明中，衛福部也提及「由司法機關介入，協助依其最佳利益行使同意權」[518]，則最終判準似乎仍是希望透過法院，確保未成年人的人工流產決定符合其自身的最佳利益。據此，修正草案仍然沒有正視未成年人的自主需求，亦缺乏建立在法定代理人同意權之外、同樣能夠甚至更能擔保未成年人自主實現、隱私保護等目標的替代機制。

[517] 美國法上的 judicial bypass 要求最早可追溯自 Bellotti v. Baird (1979)案，美國聯邦最高法院認為原則上任何人對於懷胎婦女的墮胎決定都沒有絕對之「否決權」，惟考慮到未成年人的脆弱性、欠缺作出重要決定的能力，因此法律要求未成年少女取得家長的同意才能接受人工流產尚屬正當，然而考慮到部分少女極有可能受制於家長的阻撓而無法尋求墮胎或法院的協助，因此有必要賦予少女有繞過家長、直接進入法院程序的機會。參 Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622, 635-648 (1979).

[518] 行政院衛生福利部國民健康署（2022），《優生保健法修正草案總說明及條文對照表》。

doi:10.6342/NTU202402509

第五章 結論

未成年人遭遇非預期懷孕事件而希望尋求墮胎時，除了其必須符合優生保健法第 9 條第 1 項所列的各款事由之外，最大的阻礙之一便是同條第 2 項的法定代理人同意權規定。實務上許多少女因為不願意告知父母而自行就醫，除了導致延誤墮胎時間或因後續照護狀況不佳而有害於少女之身體健康外，若案情曝光，醫師也必須背負刑責，少女可能也必須因此面臨後續的司法程序。不過法定代理人同意權長久以來都被視為理所當然的規定而並未面臨重大的挑戰，即使是近年來提出的修法草案，仍然要求少女必須優先徵詢法定代理人之同意，在法定代理人拒絕同意時，公部門及法院才有基於未成年人之利益加以介入的可能性。

究其理由，首先可能與家長作為未成年子女事務的主要支配者有關。早期的家庭型態強調以家父長為首，子女的行動均應聽命於家父長，這也使得家父長對子女握有不得任意干預的、如同財產權一般的重要利益，國家亦對家父長的權力採取放任態度。即使到了近代，這樣的基本預設並沒有改變，只是替換了詮釋方式。析言之，自由主義的崛起雖然推翻了國家及統治者的權威性，但其仍然強調家庭的自治以及國家對於家庭所應採取的放任態度，結果是成功鞏固了家庭內的權力關係，使得個人的基本權利保護被解消在國家對於家庭自治的保護當中，也無視於許多家庭並未依循理想運作模式的現實。另一方面，自由主義對於個人權利保護的強調雖然打開了透過家長的權利來說明家長同意權的可能性，然而權利的內涵卻欠缺可檢驗的標準，使得原先的家長權也能夠透過如「關係權」、「家庭權」等新興而多樣的權利言說重新取得決定父母子女互動模式的重要地位，相較之下未成年人相應的基本權利卻受到忽視。縱使是訴諸「名譽權」等較為傳統而普遍的權利，在權利的內涵與界線模糊不清的前提下，也無法精確地建立名譽損害及家長同意權之間的關係。甚至希望透過類似財產權的概念來說明家長權限的來源者，也已經無可避免地重回將子女視為家長財產的老路。

doi:10.6342/NTU202402509

一種較為獨特的觀點則是試圖降低家長與未成年子女之間的衝突與對立特徵，其預設國家以未成年人之健全成長為目標，並以信託方式委由家長來完成，主張對於家長權限的賦予是為了實現未成年人的利益，而非重現傳統的家長權模式。然而，此種理論無法說明國家為何需要以未成年人之健全成長作為最重要之目標，且縱使承認國家確實存在這樣的政策目標，也不能排除透過家長權賦予以外的方式亦能達成之。又，縱使家長權的賦予是效益最大化的方式，未成年人健全成長的目標以及家長權的賦予作為效益最大化的手段，這也至多是某種社會福利或社會政策的考量，其並不能直接作為刑法擔保及依循的對象。最終本文認為這種看法不僅是不附理由地施加義務在家長身上，也無視於兒少的一切自主需求，導致家長基於此種信託關係仍然能夠取得廣泛而不受到拘束的決定權限。

此外，有鑒於未成年人從附屬於家父長的財產角色一躍成為共同體所珍視的對象，「兒少權利」則成為法制設計所奉行的重大指標之一。不過兒少權利在文獻上並沒有一致的概念內涵，少部分的論者即認為兒少權利應指兒少能夠與成人享有相同的權利，惟本文認為此種看法無視於權利所必然伴隨的負擔，反而可能引致兒少無法承受的風險與後果。不同於此，多數的論者則將兒少權利的內涵指向兒少所擁有的福利權，並將之具體化為「未成年人的最佳利益」。然而法定代理人同意權與未成年人最佳利益之實現並無直接關聯，至多僅是作為一種預設或期待，實際上，許多脆弱家庭無法為懷孕少女提供正面支持，甚至同意權制度的存在本身即可能因為成為未成年人尋求人工流產的阻力，而提高其身心健康風險。

不過，在本文看來，此處最大的問題仍然在於，以主流價值所認定的最佳利益，來衡量或准駁未成年人的墮胎決定，都是以外於主體的效益觀點取代主體自身的效益計算與考慮，並以此否定個人自由意志的有效性，進而抹滅了個人的主體性。同理，自由主義立場的論者雖然主張出於「軟性家父長主義」而干預個人的自主決定，並非以主流價值替代個人所定義的價值目標，並強調僅有在個人欠

doi:10.6342/NTU202402509

缺自主性／自願性時，才會加以介入。不過論者所提出的自主性標準則不乏重新納入合理性作為判斷因素者，同樣落入的效益主義的邏輯，最後是以多數人對於特定決策的「好／壞」評價，來決定是否阻止或干預決策者的決定。

本文認為，在以自由為典範的法概念下，應該以自由作為法律介入的標準與界線，刑法作為人際間外在自由的調和機制，對於不涉及侵犯他人外在自由領域的行為，即不應加以介入，個人因其自由的行使所招致的不利益，都應該由個人自行承擔，這就是所謂的自我負責原則。而這樣的命題能夠成立的前提，應該是個人擁有某些行使自由的經驗性條件，即個人必須能夠理解行為本身及其後果，透過反思過程對相關資訊加以處理後，其所作成的行為決定才能歸屬於其自身，而非僅是受制於自然法則的行止。而欠缺自我負責條件者，也就無法要求其對於自身的利益侵害行為加以負責，此時即有必要透過國家或相應的體制，確保欠缺自我負責能力之人不會因為其無法自我負責的行為而承受法益損害。而基於家長的生育行為或自願的收養、監護行為，家長便成為承擔此種體制性義務者，其有必要管轄不具備自我負責能力者的風險。至於自我負責能力的具體內涵，本文認為自我負責能力除了要求「認識判斷能力」外，還包含個人必須擁有「認知控制能力」，即在特殊的決策情境中，仍然得以確保認識判斷能力能夠正常運作並呈現運作結果。

在確立本文所採取的自主性概念後，本文借用了精神醫學等專業領域之研究，說明在既有的研究結果底下，認識判斷能力雖然通常在青少年時期的前期至中期即已發展完全，但一直到青少年時期的後期甚至到甫成年後，未成年人的認知控制能力仍顯然呈現尚未發展完全的狀態。這樣的差異在被稱為「熱認知」的決策情境下尤為明顯，相較於在「冷認知」情境下，認知控制能力並沒有明顯的發揮餘地，在同儕在場或是情況急迫的「熱認知」情境下，未成年人的認知控制能力缺陷即會導致其傾向追求短期而微小的刺激回饋，無法準確衡量長遠的風險。無論如何，此種發展速度亦因人而異，無法以年齡為標準一概而論。

doi:10.6342/NTU202402509

據此，本文初步將未成年人區分為三種類型，第一種類型為雖然未達法定成年門檻，惟已經具備認識判斷能力及基本的認知控制能力者。依照本文以自主性為核心的觀點，此時應該允許未成年人自行決定是否接受人工流產，而與其人工流產決定是否符合其長遠福祉無涉，亦無扶助體制以自主性的欠缺為理由介入的餘地，不應額外施加任何程序上的限制或要求。第二種類型則是不具備認識判斷能力及認知控制能力者，此種類型的未成年人無法了解特定決策的內容、意義與可能的風險結果，無法要求其自行承擔行動所帶來的風險，因此此時有必要將風險移轉給扶助體制管轄，由法定代理人代為同意接受人工流產。惟若擔負扶助義務者的決策嚴重侵害未成年人的生命身體法益風險時，應該屬於體制義務的違反。

最後一種類型則是雖然具備充分的認識判斷能力，卻欠缺基本的認知控制能力者。雖然此種類型的未成年人同樣欠缺完整的自我負責能力，惟其已經具備充分的認識判斷能力，並非全然不可能為自己的行為負責者。本文認為此時較為妥適的做法應該是盡可能地排除其認知控制能力的缺陷，而非直接以法定代理人的決定取代之。具體而言，考量到認知控制能力所造成的衝動行為可能是出於時間緊迫、同儕或其他可能帶來即時回饋的因素，制度上可以考慮透過「思考期／猶豫期」的規定有效緩和未成年人過於衝動的快速決策，並且也可以透過引入法定代理人來緩和未成年人的決定時間以及同儕或其他決策當下衝動因素的影響，亦即可以考慮以「家長知情權」取代「家長同意權」，至於少女確實取得家長同意的情形，自然同樣具有擔保自願性的效果。最後，考量到未成年人的決策也可能係以「冷認知」過程進行，制度上應該開放未成年人有機會透過法院裁定程序，透過詢問社工、醫師、少女本人的意見，擔保少女墮胎決定的自願性，亦免除家長同意權可能造成的家庭衝突、延宕就醫、隱私揭露等弊端。

據此，本文認為現行法下的法定代理人同意權制度，僅有在不具備認識判斷能力者接受人工流產的案例中具備正當性。至於修法草案雖然開放少女使用法院

doi:10.6342/NTU202402509

裁定程序，惟條文仍然規定必須優先尋求法定代理人的同意，並且就法院裁定程序的目的與裁定標準仍然處於晦暗不明的狀態，應該加以調整及釐清。本文透過解析法定代理人同意權制度的發展脈絡、理論內涵及實務現況，希望勾勒出未成年人接受人工流產所面臨的困境及可能的解決方式，期能使得面臨非預期懷孕事件的少女，能夠真正地依其意願決定是否承擔另一個生命，並且也能透過社會福利系統的協助，真正有效地調和少女與家長之間的關係。

doi:10.6342/NTU202402509

參考文獻

一、中文文獻

Immanuel Kant（著），李明輝（譯）（1990），《道德底形上學之基礎》，聯經。

王志嘉（2013），《病人自主的刑法效應》，私立東吳大學法律學研究所博士論文（未出版），臺北。

王效文（2015），〈刑罰目的與刑法體系：論 Günther Jakobs 功能主義刑法體系中的罪責〉，頁 151-222。

王皇玉（2008），〈墮胎罪同意問題之研究：兼評「生育保健法」草案關於人工流產相關規定〉，《月旦法學雜誌》，162 期，頁 41-62。

王皇玉（2009），〈刑法和略誘罪之修法芻議〉，《檢察新論》，6 期，頁 67-78。

王皇玉（2022），《刑法總則》，8 版，新學林。

王澤鑑（2014），《民法總則》，增訂新版，新學林。

立法院司法及法制委員會（2019），《「民法成年年齡門檻應否調降」公聽會報告》，載於：https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=12715&pid=191033。

江玉林（2012），〈康德《法學的形上學基本原理》導讀：與當代法學的對話〉，《台灣法學雜誌》，105 期，頁 52-66。

江南發（1995），〈青少年自我中心主義與偏差行為〉，《教育資料研究》，7 期，頁 2-9。

吳志正（2008），〈誰來說明？對誰說明？誰來同意？：兼評醫療相關法規〉，《月旦法學雜誌》，162 期，頁 63-85。

doi:10.6342/NTU202402509

吳宗奇（2023），《白玫瑰刺傷了誰？：以刑法第 227 條為中心反省純潔童年形象之建構》，元照。

吳柏毅、蔡甫昌、陳慶餘（2004），〈病患的決定能力〉，《當代醫學》，368 期，頁 482-486。

吳建昌（2010），〈精神疾病患者之意思能力〉，《護理雜誌》，57 卷 6 期，頁 5-10。

吳燕秋，（2010），〈西法東罰，罪及婦女：墮胎入罪及其對戰後臺灣婦女的影響〉，《近代中國婦女史研究》，18 期，頁 53-123。

李立如（2000），〈論離婚後父母對未成年子女權利義務之行使負擔：美國法上子女最佳利益原則的發展與努力方向〉，《歐美研究》，40 卷 3 期，頁 779-828。

李立如（2003），〈法不入家門？家事法演變的法律社會學分析〉，《中原財經法學》，10 期，頁 41-83。

李立如（2019），〈憲法解釋中的家庭圖像與其規範地位〉，《臺大法學論叢》，48 卷 3 期，頁 967-1021。

李淙源（2017），《論和略誘未成年人罪：以刑法上之監護概念為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），臺北。

李從業（2002），《臺灣青少女懷孕的主觀經驗與措施介入之相關研究》，國民健康局 91 年度委託研究計畫。

李燕俐（2005），《國家對兒童態度的轉變：以台灣兒童福利行政與法制發展為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），臺北。

林雅萍（2016），〈對自主的再思考：關係取向〉，《應用倫理評論》，61 期，頁 37-57。

林瑞珠（2005），〈醫療手術實施之說明義務〉，《台灣本土法學雜誌》，76 期，頁 152-160。

doi:10.6342/NTU202402509

周漾沂（2008），〈論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由〉，《臺大法學論叢》，37 期，頁 347-389。

周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41 卷 3 期，頁 981-1053。

周漾沂（2012），〈論攻擊性緊急避難之定位〉，《臺大法學論叢》，41 卷 1 期，頁 403-444。

周漾沂（2013），〈論被害人生命法益處分之限制：以刑法父權主義批判為中心〉，《臺北大學法學論叢》，88 期，頁 209-260。

周漾沂（2014），〈風險承擔作為阻卻不法事由：重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14 期，頁 169-243。

周漾沂（2014），〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《臺大法學論叢》，43 卷 1 期，頁 209-269。

周漾沂（2017），〈財產犯罪中的持有概念：社會性歸屬的證立與運用〉，《臺大法學論叢》，46 期，頁 269-338。

周漾沂（2019），〈正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點〉，《臺大法學論叢》，48 卷 3 期，頁 1223-1278。

官曉薇（2009），〈反身的凝視：台灣人工流產法制及其法社會背景的分析〉，《思與言：人文與社會科學雜誌》，47 卷 4 期，頁 135-190。

官曉薇（2010），〈溝通行動與立法言談：台灣人工流產法制之立法及修法歷程分析〉，《中研院法學期刊》，6 期，頁 61-128。

高金桂（2003），《利益衡量與刑法之犯罪判斷》，元照。

陳子平（2010），〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（下）〉，《月旦法學雜誌》，179 期，頁 248-271。

陳永綺、周賢章、李詩應（2020），〈法律觀點探討基層診所青少年就醫問題〉，《臺灣醫界》，63 卷 6 期，頁 34-41。

doi:10.6342/NTU202402509

陳昭如（2013），〈還是不平等：婦運修法改造父權家庭的困境與未竟之業〉，《女學學誌：婦女與性別研究》，33 期，頁 119-169。

陳美磐（2011），《家長處理青少女未婚生子事件之探討》，國立政治大學社會工作研究所碩士論文（未出版），臺北。

陳愛娥（1997），〈憲法對未出生胎兒的保護：作為基本權保護義務的一例來觀察〉，《政大法學評論》，58 期，頁 65-82。

陳慧女（2001），〈青少女未婚懷孕問題及輔導策略〉，《諮商與輔導》，182 期，頁 11-15。

陳聰富（2023），《民法總則》，4 版，元照。

梁弘孟（2015），〈論親權及監護對未成年人財產之作用：以大理院所建構之子女財產管理法制為例〉，《成大法學》，29 期，頁 1-112。

許玉秀（1999），〈兩種競合與合法墮胎〉，《台灣本土法學雜誌》，1 期，頁 120-125。

許恒達（2011），〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，197 期，頁 134-151。

許恒達（2012），〈人工流產與墮胎罪的參與關係〉，《月旦法學教室》，112 期，頁 30-32。

許家瑜、范淑詒、黃美智、高綺吟（2022），〈關係自主之概念分析〉，《長庚護理》，33 期，頁 28-37。

許國賢（2012），〈三種自由觀再探〉，《東吳政治學報》，30 卷 2 期，頁 169-219。

許碧純、邱皓政（2015），〈照顧子女的代價：母職對臺灣女性薪資影響的貫時性分析〉，《臺灣社會學刊》，56 期，頁 53-113。

許澤天（2022），《刑法分則（下）：人格與公共法益篇》，4 版，新學林。

doi:10.6342/NTU202402509

莊婉婷（2005），《盧梭自然概念之教育蘊義》，國立臺灣師範大學教育學研究所碩士論文（未出版），臺北。

張春興（2009），《現代心理學（重修版）：現代人研究自身問題的科學》，東華。

張雪珠（2021），《康德論自由：道德自由、法權自由與人的尊嚴》，國立臺灣大學出版中心。

傅大為（2005），《亞細亞的新身體：性別、醫療與近代台灣》，群學。

湯文章（2017），〈醫師未得法定代理人同意對未成年人施行人工流產手術應否負損害賠償責任？〉，《月旦醫事法報告》，11 期，頁 121-128。

黃詩淳（2012），〈法定代理人同意保證契約：最高法院九十八年度台上字第一二三四號民事判決〉，《月旦裁判時報》，17 期，頁 87-90。

黃鈺嫕（2005），〈婦產科醫生未得未成年懷孕婦女之法定代理人同意所為之墮胎法律效果之分析〉，《全國律師》，9 卷 9 期，頁 108-117。

黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4 版，元照。

黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，4 版，元照。

雷文玫（1999），〈以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究〉，《臺大法學論叢》，28 卷 3 期，頁 245-309。

劉蔚之（2017），〈盧梭自然主義的教育「自然」嗎？〉，收於：林逢棋、洪仁進（主編），《請問盧梭先生：教育學核心議題（一）》，頁 1-20，五南。

劉晏齊（2016），〈日治時期台灣法律中的兒童／未成年人：概念的形成及其意義〉，收於：劉恆妏、曾文亮、劉晏齊（編），《台灣法律史的探究及其運用》，頁 159-174，元照。

劉晏齊（2016），〈為什麼要保護未成年人？兒少福利、法律與歷史的分析〉，《政大法學評論》，147 期，頁 83-157。

doi:10.6342/NTU202402509

劉創馥（2016），〈康德的自由與自發性〉，《人文及社會科學集刊》，28 卷 1 期，頁 105-132。

蔡宏政（2007），〈台灣人口政策的歷史形構〉，《臺灣社會學刊》，39 期，頁 65-106。

盧雪崑（1997），〈論意志：康德道德哲學研究〉，《新亞學報》，18 卷，頁 373-414。

戴東雄（1972），〈論中國固有法上家長權與尊長權的關係（上）〉，《臺大法學論叢》，2 卷 1 期，頁 1-13。

戴東雄（1973），〈論中國固有法上家長權與尊長權的關係（下）〉，《臺大法學論叢》，2 卷 2 期，頁 267-285。

薛彥桂（2022），〈論哈伯瑪斯對私人自主與公共自主關係的重構〉，《哲學論集》，56 期，頁 67-102。

薛智仁（2003），〈論人工流產同意權（上）〉，《台灣本土法學雜誌》，48 期，頁 143-155。

薛智仁（2003），〈論人工流產同意權（下）〉，《台灣本土法學雜誌》，49 期，頁 173-185。

薛智仁（2022），〈略誘未成年人罪之保護法益與構成要件：最高法院 111 年度台上字第 2682 號刑事判決〉，《台灣法律人》，18 期，頁 149-164。

謝煜偉（2010），〈論虛擬兒童色情的刑事立法趨勢：誰的青春肉體不可褻瀆？〉，《月旦法學雜誌》，186 期，頁 38-59。

二、外文文獻

AAP Committee on Adolescence. (2017). The Adolescent's Right to Confidential Care When Considering Abortion. *Pediatrics* 139(2):1-11.

doi:10.6342/NTU202402509

Albert, Dustin, and Laurence Steinberg. (2011). Judgment and Decision Making in Adolescence. *Journal of Research on Adolescence* 21:211-224.

Altman, Scott. (2023). Are Parents Fiduciaries?. *Law and Philosophy* 42(5):411-435.

Appell, Annette Ruth. (2004). Uneasy Tensions Between Children's Rights and Civil Rights. *Nevada Law Journal* 5:141-171.

Archard, David. (2004). *Children: Rights and Childhood*. 2nd ed. Oxfordshire: Routledge.

Ariès, Philippe. (1962). *Centuries of Childhood: A Social History of Family Life*, translated by Robert Baldick. London: Jonathan Cape Ltd.

Arneil, Barbara. (2002). Becoming Versus Being: A Critical Analysis of the Child in Liberal Theory. Pp.70-94 in *The Moral and Political Status of Children*, edited by David Archard & Colin M. Macleod. Oxford: Oxford University Press.

Ashenden, Samantha. (2004). *Governing Child Sexual Abuse: Negotiating the Boundaries of Public and Private, Law and Science*. Oxfordshire: Routledge.

Bartzokis, George. (2004). Age-Related Myelin Breakdown: A Developmental Model of Cognitive Decline and Alzheimer's Disease. *Neurobiology of Aging* 25(1):5-62.

Beauchamp, Tom L. Paternalism and Bio-Behavioral Control. *The Monist* 60(1):62-80.

Bedroy, Alisa, and Shelly L. Gable. (2024). Keeping and Sharing Secrets at the Interpersonal Level. *Social and Personality Psychology Compass* 18(2). Available at: https://compass.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/spc3.12942.

Begattini, Alexander. Future-Oriented Paternalism and the Intrinsic Goods of Childhood. Pp. 17-33 in *Justice, Education and the Politics of Childhood: Challenges and Perspectives*, edited by Johannes Drerup. NY: Springer.

Bell, Vicky. (1993). Governing Childhood: Neo-Liberalism and the Law. *Economy and Society* 22(3):390-405.

Benson, Mark J. (2004). After the Adolescent Pregnancy: Parents, Teens, and Families. *Child and Adolescent Social Work Journal* 21:435-455.

doi:10.6342/NTU202402509

Brennen, Samantha., and Robert Noggle. (1998). John Rawls's Children. Pp. 203-232 in *The Philosopher's Child: Critical Essays in the Western Tradition*, edited by Susan M. Turner and Gareth B. Matthews. NY: University of Rochester Press.

Blakemore, Sarah-Jayne, and Trevor W. Robbins. (2012). Decision-Making in the Adolescent Brain. *Nature Neuroscience* 15(9):1184-1191.

Brighouse, Harry. (2002). What Rights (If Any) Do Children Have?. Pp.31-52 in *The Moral and Political Status of Children*, edited by David Archard & Colin M. Macleod. Oxford: Oxford University Press.

Brighouse, Harry, and Paula McAvoy. (2010). Do Children Have Any Rights?. Pp.74-85 *in The Philosophy of Education: An Introduction*, edited by Richard Bailey. London: Bloomsbury.

Brighouse, Harry, and Adam Swift. (2013). Family Values and School Policy: Shaping Values and Conferring Advantage. Pp.199-220 in *Education, Justice, and Democracy*, edited by Danielle Allen and Rob Reich. Chicago: The University of Chicago Press.

Cates, Willard. (1980). Adolescent Abortions in the United States. *Journal of Adolescent Health* 1(1):18-25.

Cauffman, Elizabeth, and Laurence Steinberg, (Im)maturity of Judgment in Adolescence: Why Adolescents May Be Less Culpable Than Adults. *Behavioral Science and the Law* 18(6):741-760.

Cholbi, Michael. (2013). Kantian Paternalism and Suicide Intervention. Pp. 115-133 in *Paternalism: Theory and Practice*, edited by Christian Coons and Michael Weber. Cambridge: Cambridge University Press.

Christman, John. (2004). Relational autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves. *Philosophical Studies* 117:143-162.

Cohen. Howard. (1980). *Equal Rights for Children*. MD: Rowman and Littlefield.

doi:10.6342/NTU202402509

Coleman-Minahan, Kate., Amanda Jean Stevenson, Emily Obront, and Susan Hays. (2020). Adolescents Obtaining Abortion Without Parental Consent: Their Reasons and Experiences of Social Support. *Perspectives on Sexual and Reproductive Health* 52(1):15-22.

Correll, Shelley J., Benard, Stephen, and Paik, In. (2007). Getting a Job: Is There a Motherhood Penalty? *American Journal of Sociology* 112(5):1297–1338.

Dailey, Anna C., and Rosenbury, Laura A. (2018). The New Law of the Child. *The Yale Law Journal* 127(6):1448–1537.

Dailey, Anna C., and Rosenbury, Laura A. (2021). The New Parental Rights. *Duke Law Journal* 71:75-165.

Denbow, Jennifer M. (2015). *Governed through Choice: Autonomy, Technology, and the Politics of Reproduction*. NY: NYU Press.

Diekema, Douglas S. (2020). Adolescent Brain Development and Medical Decision-Making. *Pediatrics* 146(Suppl 1):S18-S24.

Donzelot, Jacques. (1979). *The policing of Families*, translated by Robert Hurley. NY: Random House.

Dworkin, Gerald. (1972). Paternalism. *The Monist* 56(1):64-84.

Dworkin, Gerald. (1988). *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Dworkin, Ronald. (1993). *Life's dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. NY: Knopf.

Eekelaar, John. (1986). The Emergence of Children's Right. *Oxford Journal of Legal Studies* 6(2):161-182.

Ehrlich, J. Shoshanna. (2003). Grounded in the Reality of Their Lives: Listening to Teens Who Make the Abortion Decision without Involving Their Parents. *Berkeley Women's Law Journal* 18(61):61-180.

doi:10.6342/NTU202402509

Ehrlich, J. Shoshanna. (2006). *Who Decides: The Abortion Rights of Teens*. CT: Praeger.

Epstein, Robert. (2007). The Myth of the Teen Brain. *Scientific American Mind* 18(2):57-63.

Epstein, Robert. (2007). *The Case Against Adolescence: Rediscovering the Adult in Every Teen*. CA: Quill Driver Books.

Evers, Williamson M. (1978). Rawls and Children. *Journal of Libertarian Studies* 2(2):109-114.

Farge, Arlette, and Foucault, Michel. (2016). *Disorderly Families: Infamous Letters from the Bastille Archives*, edited by Nancy Luxon, translated by Thomas Scott-Railton. MN: University of Minnesota Press.

Farson, Richard. (1974). *Birthrights: A Bill of Rights for Children*. NY: Macmillan Publishing Co., Inc.

Feinberg, Joel. (1986). *Harm to Self*. Oxford: Oxcord University Press.

Feinberg, Joel. (1994). The Child's Right to an Open Future. Pp.76-97 in *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays.* NJ: Princeton University Press.

Fiala, Christian. Abortion in Europe: Are the Laws and Practice Patient Centred?. *Entre Nous* 59: 23-25.

Fisher, David. (1997). Parental Rights and the Right to Intimate Association. *Hastings Law Journal* 48(2):399-433.

Formosa, Paul. (2012). From Discipline to Autonomy: Kant's Theory of Moral Development. Pp. 163-176 in *Kant and Education: Interpretations and Commentary*, edited by Klas Roth and Chris W. Surprenant. NY: Routledge.

Gobetti, Daniela. (1992). *Private & Public: Individuals, Households & Body Politic in Locke & Hutcheson*. Oxfordshire: Routledge.

Godwin, Samantha (2011). Children's Oppression, Rights, and Liberation. *Northwestern Interdisciplinary Law Review* 4:247-302.

doi:10.6342/NTU202402509

Godwin, Samantha. (2015). Against the Parental Rights. *Columbia Human Rights Law Review* 47:1-83.

Griffin-Carlson, Mary S., and Paula J. Schwanenflugel. (1998). Adolescent Abortion and Parental Notification: Evidence for the Importance of Family Functioning on the Perceived Quality of Parental Involvement in U.S. Families. *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 39(4):543-553.

Grisso, Thomas, and Linda Vierling. (1978). Minor's Consent to Treatment: A Developmental Perspective. *Professional Psychology* 9:412-427.

Grootens-Wiegers, Petronella, Irma M. Hein, Jos M. van den Broek, and Martin C. De Vries. (2017). 17 BMC Pediatrics. Available at: https://bmcpediatr.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12887-017-0869-x.

Guggenheim, Martin. (2002). Minor rights: the adolescent abortion cases. *Hofstra law review* 30(3):589–646.

Guggenheim, Martin. (2005). *What's Wrong with Children's Rights*. MA: Harvard University Press.

Gutmann, Amy. Children, Paternalism, and Education: A Liberal Argument. *Philosophy and Public Affairs* 9(4):338-358.

Hart, H. L. A. (1963). *Law, Liberty, and Morality.* CA: Stanford University Press.

Hawes, Joseph M. (1991). *The Children's Rights Movement: A History of Advocacy and Protection*. NY: Twayne Publishers.

Hein, Irma M., Martine C. De Vries, Pieter W. Troost, Gerben Meynen, Johannes B. Van Goudoever, and Ramón J. L. Lindauer. (2015). Informed Consent Instead of Assent is Appropriate in Children from the Age of Twelve: Policy Implications of New Findings on Children's Competence to Consent to Clinical Research. *BMC Medical Ethics* 16. Available at: https://bmcmedethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12910-015-0067-z.

doi:10.6342/NTU202402509

Henshaw, Stanley K., and Kathryn Kost. (1992). Parental Involvement in Minor's Abortion Decisions. *Family Planning Perspectives* 24(5):196-213.

Huntington, Clare. (2006). Rights Myopia in Child Welfare. *UCLA Law Review* 53:637-699.

Husak, Douglas. (2013). Penal Paternalism Pp. 39-55 in *Paternalism: Theory and Practice*, edited by Christian Coons and Michael Weber. Cambridge: Cambridge University Press.

Icenogle, Grace Icenogle, G., Steinberg, L., Duell, N., Chein, J., Chang, L., Chaudhary, N., Di Giunta, L., Dodge, K. A., Fanti, K. A., Lansford, J. E., Oburu, P., Pastorelli, C., Skinner, A. T., Sorbring, E., Tapanya, S., Uribe Tirado, L. M., Alampay, L. P., Al-Hassan, S. M., Takash, H. M. S., & Bacchini, D. (2019). Adolescents' Cognitive Capacity Reaches Adult Levels Prior to Their Psychosocial Maturity: Evidence for a "Maturity Gap" in a Multinational, Cross-Sectional Sample. *Law and Human Behavior* 43(1):69-85.

Inhelder, Barbel, and Jean Piaget. (1958). *The Growth of Logical Thinking from Childhood to Adolescence*. London: Routledge.

Kardaras, Nicholas. (2016). *Glow Kids: How Screen Addiction is Hijacking Our Kids–And How to Break the Trance*. NY: St. Martin's Press.

Karst, Kenneth L. (1980). The Freedom of Intimate Association. *The Yale Law Journal* 89(4):624-692.

Kastely, Amy H. (1982). Review of Equal Rights for Children. *American Bar Foundation Research Journal* 6(4):1172-1178.

Khader, Serene J. (2020). The Feminist Case Against Relational Autonomy. *Journal of Moral Philosophy* 17:499-526.

Kleinig, John. (1976). Mill, Children, and Rights. *Educational Philosophy and Theory* 8:1-16.

doi:10.6342/NTU202402509

Kleinig, John. (1987). Paternalism and Personal Integrity. *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy* 27:27-38.

Kleinig, John. (2017). Paternalism and Human Dignity. *Criminal Law and Philosophy* 11(1):19-36.

Laurenceau, Jean-Philippe, Lisa Feldman Barrett, and Puala R. Pietromonaco. (1998). Intimacy as an Interpersonal Process: The Importance of Self-Disclosure, Partner Disclosure, and Perceived Partner Responsiveness in Interpersonal Exchanges. *Journal of Personality and Social Psychology* 74(5):1238-1251.

Lerand, Sarah J. (2007). Teach the Teacher: Adolescent Confidentiality and Minor's Consent. *Journal of Pediatric & Adolescent Gynecology* 20(6):377–380.

Lindsey, Duncan. (2004). *The Welfare of Children*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.

Locke, John. (1980). *Second Treatise of Government*, edited by Crawford Brough Macpherson. IN: Hackett Publishing Company, Inc.

Macleod, Colin M. (2002). Liberal Equality and the Affective Family. Pp. 212-230 in *The Moral and Political Status of Children*, edited by David Archard & Colin M. Macleod. Oxford: Oxford University Press.

Manian, Maya. (2012). Functional Parenting and Dysfunctional Abortion Policy: Reforming Parental Involvement Legislation. *Family Court Review* 50(2):241-257.

Manian, Maya. (2016). Minor, Parents, and Minor Parents. *Missouri Law Review* 81(1): 127-204.

Mason, Mary Ann. (1994). *From Father's Property to Children's Rights: The History of Child Custody in the United States*. NY: Columbia University Press.

Mcdonagh, Eileen L. (1996). *Breaking the Abortion Deadlock: From Choice to Consent*. Oxford: Oxford University Press.

doi:10.6342/NTU202402509

McNamara, Ellen M. (1974). The Minor's Right to Abortion and the Requirement of Parental Consent. *Virginia Law Review* 60:305-332.

Mill, John Stuart. (2009). *On Liberty*. Aukland: The Floating Press.

Millum, Joseph. (2010). How Do We Acquire Parental Rights?. *Social Theory and Practice* 36(1):112-132.

Minow, Martha, and Mary Lyndon Shanley. (1996). Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Political Theory and Law. *Hypatia* 11(1):4-29.

Morse, Stephen J. (2006). Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note. *Ohio State Journal of Criminal Law* 3:397-412.

Munoz-Darde, Veronique. (1998). Rawls, Justice in the Family and Justice of the Family. *The Philosophical Quarterly* 48:335-352.

Okin, Susan Moller. (1991). *Justice, Gender, and the Family*. NY: Basic Books.

O'Neill, Onora. (1988). Children's Rights and Children's Lives. *Ethics* 98(3):24-42.

Overton, Willis F. (1990). Competence and Procedures: Constraints on the Development of Logical Reasoning. Pp. 1-32 in *Reasoning, necessity, and logic: Developmental perspectives.* NJ: Lawrence Erlbaum Associates, Inc.

Plato. (1991). *The Republic of Plato*, translated by Allan Bloom. 2nd ed. NY: Basic Books.

Puls, Heiko. (2016). Kant's Justification of Parental Duties. *Kantian Review* 21(1):53-75.

Purvis, Dara. (2014). The Origin of Parental Rights: Labor, Intent, and Fathers. *Florida State University Law Review* 41(3):645-696.

Quadrel, Marilyn Jacobs, Baruch Fischhoff, and Wendy Davis. (1993). Adolescent (In)vulnerability. *American Psychologist* 48(2):102-116.

doi:10.6342/NTU202402509

Regan, Donald H. (1974). Justifications for Paternalism. Pp. 189-210 in *Nomos XV: The Limits of Law*, edited by J. R. Pennock and J. W. Chapman. NY: Lieber-Atherton.

Regan, Donald H. (1983). Freedom, Identity, and Commitment. Pp. 113-138 in *Paternalism*, edited by Rolf Sartorius. MN: University of Minnesota Press.

Rendleman Douglas R. (1971). Parens Patriae: From Chancery to the Juvenile Court. *South Carolina Law Review* 23:205-259.

Richards, David A. J. (1980). The Individual, the Family, and the Constitution: A Jurisprudential Perspective. *New York University Law Review* 55(1):1-62.

Sanger, Carol. (2004). Regulating Teenage Abortion in the United States: Politics and Policy. *International Journal of Law, Policy and the Family* 18:305-318.

Sanger, Carol. (2009). Decisional dignity: teenage abortion, bypass hearings, and the misuse of law. *Columbia Journal of Gender and Law* 18(2):409-500.

Schneider, Carl E. (1995). On the Duties and Rights of Parents. *Virginia Law Review* 81(8):2477-2491.

Schrag, Francis. (1982). Book Review: Equal Rights for Children. *Law and Philosophy* 1(1):159-162.

Schaefer, G. Owen, Guy Kahane, and Julian Savulescu. (2014). Autonomy and Enhancement. *Neuroethics* 7(2):123-136.

Scott, Elizabeth S., and Robert E. Scott. (1995). Parents as Fiduciaries. *Virginia Law Review* 81(8):2401-2476.

Seymour, John. (1994). Parens Patriae and Wardship Powers: Their nature and Origins. *Oxford Journal of Legal Studies* 14(2):159-188.

Shulman, Jeffrey. (2014). *The Constitutional Parents: Rights, Responsibilities, and the Enfranchisement of the Child*. CT: Yale University Press.

doi:10.6342/NTU202402509

Simon, Julia. (1998). Jean-Jacques Rousseau's Children. Pp. 105-120 in *The Philosopher's Child: Critical Essays in the Western Tradition*, edited by Susan M. Turner and Gareth B. Matthews. NY: University of Rochester Press.

Smith, Lionel David. (2019). Parenthood Is a Fiduciary Relationship. *University of Toronto Law Journal* 70:395-452.

Solinger, Rickie. (2002). *Beggars and Choosers: How the Politics of Choice Shapes Adoption, Abortion, and Welfare in the United States*. NY: Hill and Wang.

Steinberg, Laurence. (2008). A Social Neuroscience Perspective on Adolescent Risk-Taking. *Developmental Review* 28(1):78-106.

Steinberg, Laurence. (2010). A Dual Systems Model of Adolescent Risk-Taking. *Developmental Psychobiology* 52(3):216-224.

Turner, Susan M. (1998). John Stuart Mill's Children. Pp. 137-160 in *The Philosopher's Child: Critical Essays in the Western Tradition*, edited by Susan M. Turner and Gareth B. Matthews. NY: University of Rochester Press.

Wall, John. (2008). Human Rights in Light of Childhood. *International Journal of Children's Rights* 16:523-543.

Warren Jocelyn T., S. Marie Harvey, and Jillian T. Henderson. (2010). Do Depression and Low Self-Esteem Follow Abortion Among Adolescents? Evidence from a National Study. *Perspectives on Sexual and Reproductive Health* 42(4):230-235.

Weithorn, Lois A., and Susan B. Campbell. (1982). The Competency of Children and Adolescents to Make Informed Treatment Decisions. *Child Development* 53(6):1589-1598

Williams, Susan H. (2005). Autonomy and the Public-Private Distinction in Bioethics and Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies* 12(2):483-494.

Worthington, Everett L., Jr. David B. Larson, John S. Lyons, Malvin W. Brubaker, Cheryl A. Colecchi, James T. Berry, and David Morrow. (1991). Mandatory Parental

doi:10.6342/NTU202402509

Involvement Prior to Adolescent Abortion. *Journal of Adolescent Health* 12:138-142.

Woodhouse, Barbara Bennett. (1992). Hatching the Egg: A Child-Centered Perspective on Parent's Rights. *Cardozo Law Review* 14(6):1747-1866.

Zelizer, Vivian A. (1981). *Pricing the Priceless Child: The Changing Social Value of Children*. NJ: Princeton University Press.

Zweig, Arnulf. (1998). Immanuel Kant's Children. Pp. 121-136 in *The Philosopher's Child: Critical Essays in the Western Tradition*, edited by Susan M. Turner and Gareth B. Matthews. NY: University of Rochester Press.

doi:10.6342/NTU202402509