

# 妨害未成年人性自主刑責之比較法研究

許恒達\*

## 目 次

- 壹、導論
- 貳、我國法規範現況
- 參、德國法規範現況
- 肆、比較與檢討：代結論

## 摘 要

本文討論對於未成年人性自主法益侵害的刑法管制模式，除了分析我國法既有規範結構的特點外，也將一併介紹德國法制目前的規範狀況，並透過德國刑法規範結構反省我國現行法制，同時提出若干未來修正的可能方向。

**關鍵字：**未成年人、兒童、少年、性自主、性刑法

---

\* 許恒達，國立政治大學法學院副教授，德國法蘭克福大學法學博士，  
E-mail: hdhsu@nccu.edu.tw。

# **A Comparative Study on Sexual Offenses against Juveniles and Children**

Heng-da Hsu<sup>\*\*</sup>

## **Abstract**

This article aims to explore the sexual offenses against juveniles and children. The main discussions focus on Taiwan's legislation. In addition, the author will introduce the Germany's regulation model. Through comparative studies on both models, the author tries to review Taiwan's provisions and suggest some possible way for future amendments.

**Key Words: Minor, Juveniles, Children, Sexual Autonomy, Sexual Offenses**

---

<sup>\*\*</sup>Heng-da Hsu, Associate Professor, College of Law, National Chengchi University,  
E-mail: hdhsu@nccu.edu.tw

## 壹、導論

立法者於 1999 年修正刑法有關性侵害與性道德的管制規範，正式分流性自主與性道德的刑法保護機制，在妨害性自主罪章中，主要的侵害方式不外以強暴、脅迫或違反被害人意願的手法，使被害人陷於無法抗拒或強逼被害人配合行為人，從而實施性交或猥褻行為（刑法第 221 條、第 224 條），或是利用被害人不能或不知抗拒的身心困頓狀態，遂行性交或猥褻行為（刑法第 225 條），此外，倘若行為人利用對被害人的支配關係，致令被害人不得不同意與其發生性交或猥褻行為時，行為人仍構成刑事責任，只不過刑度相對較低（刑法第 228 條）<sup>1</sup>。大致看來，性自主保障著重於被害人對於性活動的意願，只要參與性活動的任一方出於自願，而該自願又未受任何實質干擾，原則上就不在刑法處罰範圍內，簡言之，只要是出於真摯合意的性行為，即不侵害個人的性自主利益。

以上分析均可適用至成年人間的性活動<sup>2</sup>，相對於成年人，刑法對於未成年人的性活動，不論是「成年人 vs 未成年人」，或是「未成年人 vs 未成年人」的性活動方式，則有完全不同的規範模式。固然未成年人受到強暴、脅迫或違背意願方法所害，而與他人發生性交或猥褻時，可以成立刑法第 221 條強制性交或第 224 條強制猥褻罪，而當未成年人因身心狀態不佳，不知或不能反抗而與他人發生性活動，該他人同樣會成立刑法第 225 條刑責，甚至當行為人利用權勢或機會，對於受監督、照護、扶助之未成年人為性交或猥褻，亦可能成立刑法第 228 條刑責，然而，未成年人若出於形式上合意而與他人發生性活動時，刑法一反尊重個人性自主決定的立場，反而改從年齡立論，只要參加性活動的未成年人年齡過低，仍認為相對人構成刑事責任，這一點尤其可從刑法第 227 條第 1 項至第 4 項的規定中看得出來：「

**對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。**

**對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。**

**對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑。**

**對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。」**

<sup>1</sup> 我國刑法條文的相關解釋，詳見陳子平，刑法各論（上），2015 年增修版，頁 203 以下。

<sup>2</sup> 在本文的框架下，所謂成年人指 18 歲以上之人，而未成年人則專指未滿 18 歲之人，此項年齡指標見諸刑法第 19 條有關責任能力的規定，而我國法對年齡較小者的特別保護界限，也是設定在 18 歲的時點，相關討論請詳後文。

從刑法第 227 條的文字中，不難讀出立法者對於未成年人的性自主決定，給予非常多的限制，我們顯然不怎麼尊重未成年人的性自主意願。接續的問題即是：為什麼立法者試圖限制未成年人合意的性活動？立法者透過這些連結刑罰的禁止規範，究竟保護了什麼樣的利益？達成了什麼樣的管制效果？這些問題都將在本文中試圖回答。此外必須注意的是，利用刑罰管制未成年人的性活動，並不只有刑法的規定而已，在我國法的體例下，還包括了外於刑法的規範，其中尤其以已經通過卻遲未生效的兒童及少年性剝削條例（以下簡稱性剝削條例）最值得注意，本文也將一併分析其相關法律管制情狀。

當行為人採取強制手段、利用未成年人不能或不知抗拒時，或者利用監督關係而與未成年人發生性活動時，都有非專屬於未成年人的刑法條文可茲適用，這部分原則上不在本文的討論範圍，本文毋寧著重於未成年人「非出於強制或無法抗拒」事由，而與行為人或第三人實施性活動時，刑法是否及如何處罰參與性活動或促成性活動的行為人？

以下論述，將先分析我國刑事司法系統中，究竟如何管制未成年人的性活動，接著再轉從比較法的觀點，分析外國法的應對策略，在此筆者將著重分析德國法的相關立法架構與主要解釋觀點，最後再回頭針砭我國現行法，並在可能範圍內提出修正建議。

## 貳、我國法規範現況

### 一、刑法典規範現況與實務解釋

首先分析我國法的管制走向。我國刑法有關未成年合意性行為的基礎規定是刑法第 227 條，直觀地看刑法條文規定，該條只處罰未滿 16 歲未成年人的合意性行為，並將年齡再區別為 14-16 歲及 14 歲以下的區間，與該未成年人發生性交或猥褻的他人，原則上依其未成年人的年齡決定適用那一個構成要件，不過立法者至少透過構成要件的设计，揭示了其肯認的基本態度：個人對於性的自我決定權，從 16 歲開始才能擁有，如果與未滿 16 歲之人實施性活動，該行為人仍然構成妨害性自主的刑事責任<sup>3</sup>，而未滿 16 歲的未成年中，又可區分為較接近成人而有相對成熟性意識的 14-16 歲之人，以及年紀較輕而性意識幾乎不成熟的未滿 14 歲之人。

---

<sup>3</sup> 參見陳子平，同註 1，頁 267。

除了基礎型的刑法第 227 條之外，立法者也針對一種特別的事例，另行訂定了「兩小無猜」條款，此即若與未滿 16 歲之未成年人實施性活動的行為人，如果也是未成年人（但其年齡門檻設定為 18 歲以下）之時，依刑法第 227 條之 1 規定「十八歲以下之人犯前條之罪者，減輕或免除其刑」，就可以直接獲得刑罰的寬減或免除<sup>4</sup>。

從立法者的態度中可以發現，我國刑法對於未成年人性活動的管制，不論是入罪門檻或是免責的相應規定，完全架構在年齡的判斷技術上，但這種純由年齡作為指標的設計方法，在學理與實務適用上，必然產生有相當程度的疑問。

首先是保護法益的問題，雖然從第 227 條的法律文字中看不出來雙方是合意行為，但只要欠缺合意，即可認定為前述的強制性交或乘機性交罪，解釋上，這些條文必然運用到合意的與未滿 16 歲未成年人的相關案例，但既然未成年人都已經出於同意而與行為人實施性活動了，要如何說明行為人侵害了「同意性交」之未成年人性自主法益，即有若干解釋疑慮。最高法院近年曾有見解指出，刑法第 227 條保護的法益是幼年人之自我身心健全成長權利<sup>5</sup>，此項看法實質上已經脫逸了「性自主」的原始範圍，同時擴大至未成年人「整體性身心保障」，但在學理上則獲得相當程度的接納<sup>6</sup>；但最高法院也曾於其他判決指出，保護法益應該設定為「國民健康之公共利益」<sup>7</sup>，此一見解甚至已經超出個別未成年人的保護界限，未來如何續造其保護重點，仍然值得觀

<sup>4</sup> 參見陳子平，同註 1，頁 284。

<sup>5</sup> 參見最高法院 101 年度台上字第 2154 號刑事判決：「依刑法第二百二十七條規定，凡對於未滿十四歲或十四歲以上未滿十六歲之兒童或少年為性交或猥褻行為即加重處罰，其規定要件並無任何有關行為人施用手段之要求，亦未提及客觀之意願或意願違反之情形，至於客體是否同意行為人之舉動，則非要件；其立法目的在加強幼年人之保護，亦即所保護之法益為幼年人之自我身心健全成長權利」。

<sup>6</sup> 參考陳子平，同註 1，頁 267；盧映潔，「意不意願」很重要嗎？--評高雄地方法院九十九年訴字第四二二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議，月旦法學雜誌，186 期，2010 年 11 月，頁 166；黃惠婷，從性自主權檢視刑法保護兒童及少年之規定與修法建議，司法新聲，97 期，2011 年 1 月，頁 69-70；許澤天，刑法第 227 條作為青少年的性禁忌迷思—最高院 99 台上 497 判決，台灣法學雜誌，179-180；蔡聖偉，論「對幼童性交罪」與「強制性交罪」的關係—評最高法院 99 年第七次刑事庭決議，月旦裁判時報，8 期，2011 年 4 月，頁 66-67。

<sup>7</sup> 最高法院 101 年度台上字第 6127 號刑事判決：「刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪，其以被害人之年齡為構成要件之一，係衡酌未滿十四歲之我國男女，身心發育未臻健全，智識尚非完足，不解性行為之真義，客觀上否定其具有同意為性行為之能力，所保護之法益，雖非無私人之性自主權，然毋寧多係基於國民健康之公共利益」。

察。

其次則涉及年齡數字的辨識困難度，年齡是人出生後時間的客觀數據，而因為人是具有社會性的動物，理論上會隨著生理成長及參與社會的程度，而增加個人性意識，從個人角度來看，年齡確有其判斷性意識是否充足的便利性。但若將年齡作為成罪的考量指標，以之決定是否處罰與未成年人發生性行為之人，此時要成立刑責，行為人除了與未滿 16 歲之人實施性行為外，主觀上還必須有相應的認知，此時即可能出現誤判年齡的情況。常見事例即未成年人打扮成熟，使得行為人無法有效辨識實際年齡，而行為人即使追問該未成年人，未成年人亦不告知真實年齡，此時就會發生相當不易解決的錯誤問題。例如未成年人 15 歲，卻告知相對人其已經 17 歲，該相對人是否成立犯罪，即需要個案認定主觀上有無故意，我國實務往往透過採認間接故意方式，直接認定該相對人有相對人未滿 16 歲的主觀故意<sup>8</sup>；又如未成年人僅 12 歲，但卻告知相對人其已滿 14 歲、未滿 16 歲，此時相對人確實認知未成年的事實，但對於年齡數字的認知則發生誤會，此時應該如何判斷相對人有無對應於構成要件的充足故意，關係到構成要件的選擇，某程度上也有可能產生解釋困擾<sup>9</sup>。

另一個問題涉及刑法第 227 條與其他條文的關係，雖然刑法第 227 條第 1 項直接處理與未滿 14 歲未成年人合意性交之行為人的刑責，從法條文字以觀，這是一個包涵幅度非常寬廣的構成要件，舉凡剛懂事的嬰兒、剛上幼兒園的小朋友，從一年級至六年級的國小學生，甚至連國中或高中學生都可能包括至本條的保護對象，有鑑於本罪所連動的未成年人極多，而這些未成年人對於性意義的了解與體認，卻又有完全不同程度，尤其中間還歷經了性成熟關鍵的青春前期階段，過了青春前期後，未成年人的性意識與青春前期之人會有極大差異，但立法者似乎未注意此項差異性，將青春前期、後未成年人納入單一構成要件處理，正因為其構成要件包涵射程甚廣，當被害人未滿 14 歲之人的低年齡區間（例如 3 歲幼童），行為人利用其對於性意識的欠缺或性概念的懵懂，取得形式上同意而與該年幼之人為性交或猥褻行為時，單從形式上有同意乙事來看，行為人不成立強制性交或猥褻罪，只能論以刑法第 227 條罪名。但這種解釋結果在媒體報導下帶來非常嚴重的社會反彈<sup>10</sup>，後來

<sup>8</sup> 近期實例，參見最高法院 105 年度台上字第 188 號刑事判決。

<sup>9</sup> 對於解釋困擾的因應方案，參考鄭逸哲，〈與未滿十六歲性交罪屬故意犯？〉，月旦法學教室，42 期，2006 年 4 月，頁 20-21。

<sup>10</sup> 此項事件發展，參考盧映潔，同註 6，頁 164。

為了解決此一問題，最高法院作成了 99 年第 7 次刑事庭決議，該決議內容可分為幾個重點說明。

最高法院先明確地定性刑法第 227 條的適用界限：「刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪，係以『行為人與未滿十四歲之男女『合意』為性交』為構成要件，倘與未滿十四歲之男女非合意而為性交者，自不得論以該項之罪」。此項見解其與我國一般看法有些差距<sup>11</sup>。

暫時不論刑法第 227 條的解釋，最高法院在接下來的論述中話鋒一轉，隨而提出迄今飽受批評的見解：「刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪，既須行為人與未滿十四歲之男女有性交之『合意』，則必須該未滿十四歲之男女有意思能力，且經其同意與行為人為性交者，始足當之。至意思能力之有無，本應就個案審查以判定其行為是否有效，始符實際。未滿七歲之幼童，雖不得謂為全無意思能力，然確有意思能力與否，實際上頗不易證明，故民法第十三條第一項規定『未滿七歲之未成年人，無行為能力』，以防無益之爭論；此觀諸該條之立法理由自明。未滿七歲之男女，依民法第十三條第一項之規定，既無行為能力，即將之概作無意思能力處理，則應認未滿七歲之男女並無與行為人為性交合意之意思能力。至於七歲以上未滿十四歲之男女，應係民法第十三條第二項所定之限制行為能力人，並非無行為能力之人；自應認其有表達合意為性交與否之意思能力」。

基於以上理由，最高法院最後作出結論：「倘乙係七歲以上未滿十四歲者，而甲與乙係合意而為性交，固應論以刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪；惟若甲與七歲以上未滿十四歲之乙非合意而為性交，或乙係未滿七歲者，則基於對未滿十四歲男女之保護，應認甲對於乙為性交，所為已妨害乙『性自主決定』之意思自由，均屬『以違反乙意願之方法』而為，應論以刑法第二百二十二條第一項第二款之加重違反意願性交罪」。

以上簡要整理了最高法院見解，最高法院透過此號決議創造出不存在於法條規定中，同時又極其特別的操作標準，此即以民法上行為能力的 7 歲作為界分標準，如果未成年人未滿 7 歲，就不必再管未成年人是否對於性活動有任何意願，直接認定為違反意願，回歸至刑法第 221 條強制性交罪，而因被害人又必然屬於未滿 14 歲之人，所以再轉用刑法第 222 條第 1 項第 2 款的加重強制性交罪；至於被害人落在 7 歲以上未滿 14 歲的年齡區間時，才回歸

<sup>11</sup> 參考盧映潔，同註 6，頁 166。

至個案認定有無性活動意願的固有標準<sup>12</sup>。

## 二、刑法典以外之有關規範

以上簡要地整理有關未成年人非強制型性侵害犯罪的刑法規定，但在刑法典以外，其實還有一些附帶的處罰條文，其中最主要的規定是立法院已經通過，但卻仍然施行的「兒童及少年性剝削防制條例」，該條例主要以防免兒童及少年（亦即未成年人）受到他人性剝削為處罰主軸，至於連結到未成年人合意性活動的處罰，主要涉及未成年人本於對價的合意性行為之處罰，此即一般所謂的與未成年人性交易問題，其規定於性剝削條例第 31 條第 1 項及第 2 項：「

**與未滿十六歲之人為有對價之性交或猥褻行為者，依刑法之規定處罰之。**

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

上述規定的基本態度在於：一個人之所以出於合意與他人互為性活動，可能會出於非常不同的動機及理由，當行為人與未成年人為合意性活動的動機或理由，本身具有一定程度的可非難性時，刑法必須介入處理。如果行為人與未成年人純粹出於感情理由而有任何性相關的活動，僅依刑法典第 227 條規定處罰該行為人，但若行為人提供財產利益對價，使得未成年人同意而發生性行為，這就涉及所謂的性交易，刑事司法的管制範圍在就因為動機層次的考量，而增加了處罰範圍，最主要的內容即擴張保護對象至 16-18 歲的未成年人區間。另外值得注意的是，只要合意動機是金錢交易，在 16-18 歲未成年區間，立法者就不再區別究竟是性交或猥褻行為，直接成立單一罪名。

## 三、小結

綜合上述，我們可以歸結出一個簡單圖示<sup>13</sup>，表達我國刑事法制對於未成年人合意性行為的規範方向：

<sup>12</sup> 批評參見蔡聖偉，性侵害未滿七歲幼童的案例審查示範，月旦法學教室，15 期，2012 年 5 月，頁 34。

<sup>13</sup> 另外值得注意的是，兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項規定：「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定」，由於本文討論各罪，都已經有專門性條文規範，所以該項的加重規定應可認不適用於本文討論罪名。

	0-7 歲	7-14 歲	14-16 歲	16-18 歲
非性交易	加重強制性交罪	與未滿 14 歲未 成年人合意性 交罪	與 14-16 歲未成 年人合意性交 罪	無罪
	加重強制猥褻 罪	與未滿 14 歲未 成年人合意猥 褻罪	與 14-16 歲未成 年人合意猥褻 罪	
出於性交易 目的	加重強制性交 罪	與未滿 14 歲未 成年人合意性 交罪	與 14-16 歲未成 年人合意性交 罪	性剝削條 例第 31 條 第 2 項
	加重強制猥褻 罪	與未滿 14 歲未 成年人合意猥 褻罪	與 14-16 歲未成 年人合意猥褻 罪	

## 參、德國法規範現況

### 一、德國性刑法發展與現行規範結構

現行德國刑法典（Strafgesetzbuch）關於性犯罪的制裁，規定在第 174 條至第 184h 條，依據一般的解釋，性犯罪侵害最主要的法益是個人性的自我決定（sexuelle Selbstbestimmung），然而，從個人角度來解釋性犯罪的侵害法益，在德國刑法學理中，並非長久以來的觀念，毋寧是在 1970 年代以後才逐漸開展出來的看法。

德國在 19 世紀的 70 年代立法「帝國刑法典」（Reichsstrafgesetzbuch; RStGB），性犯罪重心在道德保護的方向上，並沒有重大的改變，方向上還是以保護正潔的性道德秩序為主，真正的大幅度變動必須遲至二次戰後。二次戰後德國性犯罪的修法，開始於 1969 年的第一次刑法修正法（1. StrÄndG），這次的修法刪除了許多有爭議性的性道德保護條文，包括通姦、未成年同性戀、獸交、詐術性交等犯罪的除罪化，基本上只是將一些有重大爭議的行為除罪化，但沒有本質上的變動。一直遲至 1973 年的第四次刑法修正案（4. StrÄndG），德國刑法性犯罪條文才有了真正的大變動，本次的修法將性犯罪所侵害的法益，從原先的性道德秩序、性風俗的保護，調整為「個人的性自

主決定」(individuelle sexuelle Selbstbestimmung)<sup>14</sup>，雖然老派的刑法學者仍然從道德觀點強調，「性」的保護不可能脫離社會的倫理秩序，特別是有關血緣認定等問題<sup>15</sup>，但終究在 70 年代一片支持個人性自主的聲浪下，性犯罪脫離了純粹社會性倫理秩序的穩定機制，走向個人法益的保護方向<sup>16</sup>。

從 1973 年至 1990 年，性犯罪部分維持了新型態的法益保護機能，條文內容也都沒有修正，但從 1992 年開始，德國刑法步入第二階段的性犯罪條文的修正期，其間歷經非常多次修法及調整，透過數次修正，德國刑法性犯罪的規定已然全面翻新，結構上已經不再有所謂性道德的保護問題，毋寧整個規範系列都是維護個人的性自主決定利益，若干在我國刑法上被認為侵害性道德或性風俗的條文，德國法也予以若干修正與調整後，全面整合至性自主的保護範圍<sup>17</sup>。一言以蔽之，德國刑法在 1992 年修正之後，已經不再保護性風俗或性道德，而是在深度和廣度上更加強化了個人性自主的保護。

整體來說，二次戰後德國性刑法的修正，可以用 80 年代作為分界，80 年代以前的重點，在於形塑出具有性自主意思的個人，設法將個人的性自我決定權能，從傳統的性道德、血緣關係秩序中解放出來，具體的效果即是諸多性道德犯罪的除罪化，以及法益理念的重新塑造。

但是在 80 年代以後，與作為性意思主體的個人已經初步形塑出來，立法上追求的是上述個人自主意思的健全，因此立法理路朝向未成年成長過程中性安全的確保、與兒童性關聯書刊的禁止流傳，以及性交易媒介行為的處罰，但是從德國的實證資料看來，80 年代以後對兒童的性侵害並沒有如預想中增加，而性行為各種規範複雜化，同時強化性犯罪人的管制手段，某程度而言，德國刑法不無假借性自主之名，而擴張侵害未成年人性自主利益的可罰性範圍之嫌<sup>18</sup>。即便如此，由於德國刑法已經全面限定其保護利益於個人性自主，其如何設計有關未成年人性自主相關條文，對於我國法而言，仍有非常大的

<sup>14</sup> 此一概念由德國學者 Schroeder 提出，後來被一般見解接受。Dazu MK/Renzikowski, Vor § 174 Rn. 1.

<sup>15</sup> Vgl. Dreher, Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform, JR 1974, S. 46 ff.

<sup>16</sup> Schroeder, Das neue Sexualstrafrecht, S. 17 ff.; Schönke/Schröder/Perrson/Eisele, § Vor 174 Rn. 1 ff.

<sup>17</sup> 例如公然猥褻罪，在我國刑法學理上均認為屬於妨害性風俗的社會法益犯罪，但德國刑法釋義學上，則主張保護個人免於撞見非預期性活動的利益，vgl. SSW-StGB/Wolters, § 183 Rn. 1. 不過必須強調，某些與性相關，但無法被判定為侵害性自主的犯罪，例如重婚 (Doppelehe)、血親性交 (Beischlaf zwischen Verwandten) 等罪名，則是規定在德國刑法的妨害家庭罪章。

<sup>18</sup> 此見解出自佛萊堡國際刑法研究所所長 Hans-Jörg Albrecht, siehe Albrecht, ZStW 111 (1999), S. 875.

參考價值，接下來就從德國刑法對於未成年人性自主的保護為基準，討論其相關條文規範內容。

## 二、德國刑法對未成年人性自主利益的保護架構

### (一)「性行為」(sexuelle Handlung) 作為管制核心

進入德國法未成年人性保護的實質討論之前，必須先行交待德國對受管制之性活動的基本概念。就此問題，我國法是以刑法第 10 條中有關「性交」的定義（以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為／以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為）為中心，再延伸擴張至非性交，但其社會意義上足以惹起他人性欲並滿足自己性欲的「猥褻」行為<sup>19</sup>。

與我國法非常類似，在德國刑法舊有規定中，本罪章的犯罪行為原以猥褻（Unzucht）與強制性交（Vergewaltigung）為中心，但隨著法條的修正，目前已經放棄此一概念，而直接由第 184h 條定義「性行為」(sexuelle Handlung)<sup>20</sup>：「僅指基於本法保護之性自主法益，具有重要性的行為」，此外同條也定義了「在他人之前實施之性行為」，其內容為：「僅指在他人面前實施，且該他人已經察覺其實施之行為」。就德國法條的定義茲說明如下。

「性行為」是在 1973 年引入德國刑法典中，並用以取代原來的「猥褻行為」(unzüchtige Handlung)。所謂性行為指的是，當行為人的外在行動可以看得其與「性」之間的關聯時，即可認定為性行為。在此可以分成幾個重點說明：

第一，德國立法者已經放棄對於什麼是「性行為」予以法律上的明文定義，其範圍毋寧取決於個別情況下的社會理解，這是因為足以產生與性相關的行為類型很多，要透過文字描述出「性行為」是一個難以負荷的任務<sup>21</sup>。即便如此，德國學說上尚有關於該定義應該單由客觀或兼考量主、客觀予以定性的問題<sup>22</sup>，按照目前德國學理上的通說見解，性行為應該從客觀角度予

<sup>19</sup> 最高法院 17 年決議即指出：「猥褻云者，其行為在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之謂」。

<sup>20</sup> 必須先行說明，sexuelle Handlung 依字面翻譯，應譯為「性行為」，但在中文的使用上，「性行為」幾乎與「性交」同義，但德國刑法中的 sexuelle Handlung 還包含了性交以外，與性有關聯性的行動，例如撫摸胸部、性器官等等，因此本文使用「性行為」並非指通俗通念的性交，而是專指德國刑法上 sexuelle Handlung 而言。

<sup>21</sup> MK/Hörnle, § 184g Rn. 2.

<sup>22</sup> 舊式的定義「猥褻行為」，某程度上必須要考慮行為人的主觀「性滿足意志」(wollüstige

以定性，亦即從客觀第三人角度，視某一個特定的行動，是否具有與「性」相關的社會意義<sup>23</sup>，如果過度取向於行為人主觀意思上的「性滿足」，將使得可罰性的界限極不確定<sup>24</sup>，例如行為人認為握手會產生性滿足，主觀上認為這是性行為，但從客觀中立者的角度來看，握手是一種社會接受的行動，難以認定具有性關聯；不過，學說上也指出，即便主要的判準是客觀第三人的角度，但必要時仍要參考行為人的主觀性滿足意思<sup>25</sup>。

第二，性行為的具體表現態樣，一般看法指足以滿足人類的廣義性欲需求的行動，由於判斷的標準取決於性的客觀意義，因此能被納入性行為的行動，至少要有「外在的表現行為」(äußeres Erscheinungsbild)，而不能只是單純內心的意思而已，例如胸部或下體觸摸等等，依一般通念從外部觀察具有性關聯意義的行動，但若從外部看無法產生性的關聯性，例如教師出於滿足性欲之意思而體罰學生，雖然行為人主觀上有滿足性欲的意思，但因為客觀上不具有性關聯性，因此仍不認為是性行為<sup>26</sup>。第 184h 條對性行為的一般定義中，還另外要求必須對於性法益的保護而言，具有「重要性」(Erheblichkeit)，按照一般看法，重要性的衡量取決於行為的種類、程度、延續時間、社會接受程度等等具體的衡量標準。不過德國學說也認為，如果個案的被害人是未成年人，則對於未成年人性法益侵害的標準，在判定上比成年人來得低<sup>27</sup>。

換言之，德國刑法第 184h 條的意義，乃用以彰顯出「性行為」的價值中立色彩，性行為並非刑法的禁止對象，但對於同意能力有明顯欠缺或下降之相對人而得其同意，或未得相對人同意實施性行為，這就是刑法的禁止內涵，所以性犯罪才會理解為違反他人意思而侵害自我決定的犯罪類型。

第三，性行為必須以兩種形式表現出來，第一種是發生肢體接觸的性行為 (körperliche Berührung an einem anderen)，這是第 1 項所規定的類型，行為人可以直接對他人身體實施 (行為人主動撫摸他人下體)，也可以使他人對行為人實施 (行為人強迫他人撫摸行為人下體)<sup>28</sup>，不過，所謂身體的接觸不必然等於「皮膚的接觸」(Hautkontakt)，縱然隔著他人的衣服而撫摸性器

---

Absicht)， dazu Karl Heinz Gössel, Das neue Sexualstrafrecht. Eine systematische Darstellung für die Praxis, 1995, § 1 Rn. 16.

<sup>23</sup> Gössel (Fn. 22), § 1 Rn. 17.

<sup>24</sup> MK/Hörnle, § 184g Rn. 3.

<sup>25</sup> MK/Hörnle, § 184g Rn. 3-4.

<sup>26</sup> Schönke/Schröder/Perron/Eisele, StGB, § 184g Rn. 6.

<sup>27</sup> Gössel (Fn. 22), § 1 Rn. 26. 相關重要性的審查案例，請參考 Schönke/Schröder/Perron/Eisele, § 184g Rn. 15 ff.

<sup>28</sup> Gössel (Fn. 22), § 1 Rn. 28.

官，也可能認為屬性行為<sup>29</sup>；屬於性行為的身體接觸部位，基本上指的是「性禁忌區」(Tabuzone)，例如生殖器官(Geschlechtsorganen im engeren Sinne)、臀部(Gesäß)、女性的胸部(weibliche Brust)與上述區域的鄰近部位均屬之，如果只是拍背、摸頭髮、摸手臂、握手、合乎社會禮儀的擁抱等，仍不屬於性行為。親他人臉頰仍不屬於性行為，但親吻他人的嘴唇或是舌吻，則屬於性行為<sup>30</sup>，第1項規定的性行為，不需要相對人已然察覺<sup>31</sup>。附帶一提，第1項性行為適用於絕大部分的性犯罪條文中，例如性強制行為罪、對未成年人的性侵害犯罪等等，換言之，如果法條中只言及「性行為」，都是指第184h條第1項所定的行為類型。

同條第2項在他人「面前」實施的性行為，依條文的規定，該他人必須「知覺或意識」(wahrnehmen)到行為人實施的舉止，所謂知覺或意識只限於行動本身即可，該他人不必然須理解到該行動性關聯之意義<sup>32</sup>，第二種類還包括使第三人在被害人面前實行性行為<sup>33</sup>；但若欠缺鄰近性的空間關係，例如電話性愛(Telefonsex)或網路性愛，仍屬於第2項的行為<sup>34</sup>，此外學說上也要求，行為人的性行為與被害人察覺，必須具有「同時性」，如果只是事先預錄的錄影帶，仍不屬之<sup>35</sup>。原則上第2項適用的範圍較窄，除非構成要件中有明白接納「在他人面前實施性行為」，否則這種行動均不予納入性行為的範圍。

## (二) 未滿14歲未成人之性侵害

以上簡要說明了德國刑法性自主法益章節有關「性行為」的基本定義，接下來回至本文討論主軸。

相同於我國刑法採取年齡別的差距作為規範基礎，德國刑法同樣依憑參與性活動未成年人的年齡設計其刑罰規範，基礎型規定可說是德國刑法第176條的對兒童之性侵害罪(Sexueller Missbrauch von Kindern)，依德國主流學說見解，其保護重點，不是嚴格意義的性自主利益，而是未成年人關於性意識與性理解的正常發展、正常成長可能性(die ungestörte sexuelle Entwicklung)，亦即直接保護的法益是未成年人正常的性發展，間接保護其

<sup>29</sup> MK/Hörnle, § 184g Rn. 9.

<sup>30</sup> MK/Hörnle, § 184g Rn. 10.

<sup>31</sup> MK/Hörnle, § 184g Rn. 11.

<sup>32</sup> Gössel (Fn. 22), § 1 Rn. 32.

<sup>33</sup> Gössel (Fn. 22), § 1 Rn. 33.

<sup>34</sup> MK/Hörnle, § 184g Rn. 14.

<sup>35</sup> MK/Hörnle, § 184g Rn. 14.

性自主利益<sup>36</sup>。

依德國刑法第 176 條第 1 項規定，任何人對未滿 14 歲之兒童 (Kind) 實施性行為，或令兒童對其為之，則該行為人構成本條罪名，其刑度為 6 個月以上、10 年以下的自由刑。必須強調，本項規定處罰具有身體接觸式的性行為，此外在構成要件的設計結構上，也不考慮被害兒童是否出於自由的性意願，這是因為兒童的性意願並不容易認定，而德國立法者也直接認為未滿 14 歲並無成熟的性自主決定能力，因此只要行為人與未滿 14 歲兒童發生任何形式的接觸式性行為，不論該兒童是否同意，即成立本罪<sup>37</sup>；而在競合層次上，因為本罪的刑度最高可以判到 10 年的自由刑，某程度上給予法官非常大的裁量權，相比於德國刑法的強制性行為罪 (sexuelle Nötigung) 1 年以上有期徒刑，並無過大的刑罰差別，當行為人對未滿 14 歲之人為性行為，若欠缺適足證據成立強制型罪名時，仍可成立本罪。

而德國刑法第 176 條第 2 項則是處理行為人未直接參與性行為，而是令兒童與第三人發生性行為的事例，其處罰相同於第 1 項的規定。第 3 項則規定嚴重情況的加重處罰，此時其刑度攀升至與一般強制性行為罪相同的刑度。最後，同條第 4 項規定了數種補充型的規定，相對應於前兩項，這些行為態度並無身體接觸可言，包括行為人直接在被害人面前實施 (第 1 款)、行為人令被害人在其面前實施性行為 (第 2 款) 等兩種，以及進一步的預備行為——亦即行為人以提供兒童內容為色情之物的文書、圖片或言論，而使得兒童被影響 (einwirken) 而引發性衝動 (第 3、4 款)<sup>38</sup>。

整體而言，德國刑法保護未滿 14 歲兒童性自主的基本條文，並不直接確認兒童在受侵害時，是否已經意識到性的意義，而是直接處罰所有與未滿 14 歲兒童實施性行為之人，而為周全保護範圍，德國立法者也廣泛地規範周邊的各種行為態樣。

除了德國刑法第 176 條之外，德國刑法另有若干保護未成年人性自主的條文，這些條文並不像我國刑法第 227 條第 3 項，將年齡的上、下限在法條中直接標明，德國立法者原則上只設定適用的最高年齡值，例如特定侵害手法搭配未滿 16 歲或未滿 18 歲的被害人年齡，這樣的設計，在被害人未滿 14 歲的情況發生時，必然同時構成前述德國刑法第 176 條的刑責，此時這些同

<sup>36</sup> Gössel (Fn. 22), § 6 Rn. 1; Schönke/Schröder/Perron/Eisele, § 176 Rn. 1; MK/Renzikowski, § 176 Rn. 1-2.

<sup>37</sup> SK-Wolters, § 176 Rn. 2.

<sup>38</sup> Gössel, Sexualstrafrecht, § 6 Rn. 21ff.

時該當的構成要件，就須透過法條競合來決定優先適用的條文，而因德國刑法第 176 條刑度最高值是 10 年，因此往往優先適用刑法第 176 來處罰以任何方式與未滿 14 歲兒童為性行為之人，這種競合關係的操作結果，使得所有非基於強暴、脅迫方式而與未成年人發生性活動的行為人，分為兩種處罰系列，第一系列是被害人未滿 14 歲時，此時不再區別行為人的侵害手段，直接論以第 176 條刑責，第二系列則是被害人是 14 歲至 18 歲的年齡區間時，此時則依行為人介入被害人性自主侵害的手段，而區別其不同的處罰態樣，這部分將於後文詳述。

最後要補充，在第 176 條以外，德國刑法的立法者另創設了二條接續適用的規定，此即第 176a 條的嚴重兒童性侵害罪(Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)，以及第 176b 條的性侵害兒童致死罪(Sexueller Mißbrauch von Kindern mit Todesfolge)。第 176a 條的加重主要事由，包括累犯(Rückfall；於五年內因同一罪名判決確定者，第 176a 條第 1 項)、採取性交的性侵害方式(同條第 2 項第 1 款)、多數人共同為之(同條第 2 項第 2 款)或因其行為致生兒童重傷之危險，或致生身體或精神發展的重大損害(同條第 2 項第 3 款)。至於第 176b 條，則專門針對因犯第 176 條或第 176a 條刑責之行為人，又出於重大過失(leichtfertig)而致生死亡危險時，處終生監禁或十年以上有期徒刑。

### (三) 對受保護監督關係未成年人性侵害

如前文所述，被害人若未滿 14 歲，而行為人又未有強暴、脅迫的強制型手法，原則上直接適用第 176 條系列的規定。但若被害人年齡落在 14-18 歲的區間，德國立法者對於此類未成年人性自主構成要件的设计，主要著力的方向，大多在於行為人侵害手段，至於該未成年人究竟在個案中的意思、具體認知能力如何，基本上完全不在法條文字的描述主軸中。

立基於上思考出發點，我們可以基於行為人的介入手段，區別幾個重點分述德國刑法對於 14-18 歲區間的保護刑責規範：首先是行為人與 14-16 歲被害人之間有監督關係時，此類事例適用德國刑法第 174 條，依德國通說見解，本罪保護的法益，同樣是未成年人完整而健康的性發展(die ungestörte geschlechtliche Entwicklung)，由於該未成年人仍在行為人監護、照料之下，如果有權限監護或照料之人，濫用其權限而與未成年人發生性行為，即便 14-18 歲的未成年人事實上同意實施該性行為，行為人仍然因妨害未成年人

的性發展利益而構成刑事責任<sup>39</sup>。

至於德國刑法第 174 條所規範的監護、照料關係，又可以分為非機構式關係及機構式關係。所謂非機構式，指未成年人並未被拘束於特定場所，行為人僅與其具有一般關係上的監督效果，而依據同條第 1 項又可以分為三種次類型：(1) 對未滿 16 歲之人，行為人對之有教育、培訓或生活照料之信賴關係 (zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut)；(2) 對未滿 18 歲之人，行為人對其有教育、培訓或生活照料之信賴關係，或與其有職務、工作之隸屬關係 (im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet)，而行為人必須利用連結以上信賴關係或隸屬關係所產生的依從性，使得該未成年人與行為人發生性行為；(3) 行為人對其未滿十八歲之自然或法定血親子女 (leiblicher oder rechtlicher Abkömmling)，或者行為人配偶、同居人或類似婚姻或同居關係之共同生活者的自然或法定血親子女，使雙方間為性行為，亦成立刑事責任。

其次，當未滿 18 歲的被害人被安置於教育、培訓或生活照料之目的機構中，而行為人基於機構安置之故，對未成年人產生法律上教育、培訓或照料的信賴關係時，考量行為人與被害人之間的支配地位，德國刑法也在第 174 條第 2 項予以處罰。處罰方式又再細分為兩個年齡區間：若被害人介於 14-16 歲的年齡區間時，行為人與其發生性行為即構成第 2 項第 1 款的犯罪，此類刑責無須個案性地認定行為人是否已經濫用其支配地位，只要發生性行為即足成罪；而若被害人介於 16-18 歲的年齡區間，則必須個案認定行為人利用了其機構內所產生的支配地位 (unter Ausnutzung ihrer Stellung an einer Person unter achtzehn Jahren)，才能構成同項第 2 款的刑事責任。

從以上規定可以看得出來，當行為人對於 14-18 歲年齡區間的未成年人，具有產自教育、培訓、生活照料、工作、職務或親屬關係時，對於未成年人即不得任意濫用其特別的支配關係，利用這種地位上明顯的不平等，造成被侵害之人產生「若不配合將會有不利益後果」的想法，從而與行為人實施性行為<sup>40</sup>。至於詳細分類，德國立法者非常精密地設定了幾個保護軸線：如果被害人介於 14-16 歲的區間，不論被害人與行為人之間是非機構式或機構式的關係，只要行為人與該被害人之間存在「教育、培訓或生活照料之信賴關係」，不用再繼續審查行為人是否現實、具體地濫用信賴關係產生的依從性，

<sup>39</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 1.

<sup>40</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 9.

直接可以處罰行為人；相對於此，倘若被害人年齡介於 16-18 歲的區間，考量被害人此時有較高的自我決定能力，就必須嚴格限定行為人與被害人的關係與手法，在非機構式的關係中，「具有親屬或類親屬同居關係」時，考量這種關係產生的支配強度較重，不必個案認定行為人是否利用了其具有的支配地位，但若屬於「教育、培訓或生活照料等信賴關係」、「職務、工作等隸屬關係」，則必須個案決定行為人是否濫用關係連結的依從性，必須答案為肯定才能成立刑責，至於機構式類型中，也同樣必須認定行為人確實濫用了機構所帶來的支配地位。

#### （四）對少年之性侵害

接下來分析德國刑法第 182 條所管制的侵害少年（Jugendliche，亦即介於 14-18 歲年齡區間之未成年人）性自主問題，德國刑法第 182 條的規範地位，基本上可說是較具補充性的構成要件，因為這個年紀的少年已經具有一定程度的性自主決定能力，當行為人對該少年欠缺實際上的監督地位（亦即前文之德國刑法第 174 條系列）時，如果又非強制型的侵害手法，雖然貌似已經得到系爭少年的自主性同意，但往往出於少年被害人受到干擾的無助情狀，此種情況還不足以構成德國刑法第 177 條的強制性行為罪，因此整個德國刑法第 182 條的規範定性，原則上僅限於行為人利用被害少年個人面臨的受迫情狀（Ausnutzen einer Zwangslage）而實施性行為，才能構成刑事責任，而第 182 條基本上就是在處罰這一類較不易判定的情狀，而概念上亦不明確的事例<sup>41</sup>。

德國刑法第 182 條第 1 項規範的是未滿 18 歲的少年，其所連結的性行為包括第 1 款物理接觸的性活動，以及第 2 款的使被害少年與第三人發生性活動，不過如同前文所述，因為第 182 條相對於第 176 條刑度較低，所以實際上本條所有罪名都只會管制 14-18 歲的區間。而就第 1 項而言，解釋上是針對 14-18 歲的少年，而行為人必須利用其受迫情狀（unter Ausnutzung einer Zwangslage）而與少年實施性行為，所謂受迫情狀指的是被害人決定或行動

<sup>41</sup> SSW-StGB/Wolters, § 182 Rn. 2. 本文於定稿後，德國刑法修正其原來第 177 條第 3 項的規定，將利用無助情狀刪除，並對於第 179 條的乘機事由予以增補，此次修法雖以不直接影響第 182 條，但第 182 條的規範功能恐怕必須有不同的解釋。就本次德國修法的討論，可參考廖宜寧，德國性侵害犯罪條文修正簡評，<http://pnn.pts.org.tw/main/2016/07/16/%e5%be%b7%e5%9c%8b%e6%80%a7%e4%be%b5%e5%ae%b3%e7%8a%af%e7%bd%aa%e6%a2%9d%e6%96%87%e4%bf%ae%e6%ad%a3%e7%b0%a1%e8%a9%95/>（2016 年 8 月 21 日造訪）。

的可能性受到受限，使得被害人拒絕行為人性活動的抗拒理由明顯偏低，卻又還沒達到完全本喪失的程度<sup>42</sup>，一般常見的案例是該少年長期吸毒，行為人以提供毒品作為誘因，使得少年與行為人發生性行為，又例如少年長期無家可歸，行為人以提供住處為誘因，使少年與其發生性行為<sup>43</sup>，另外還有行為人以外洩少年裸照為由，使得少年不得不與其發生性行為<sup>44</sup>。行為人必須主觀上知悉此種情況，並透過該受迫情狀而使得自己能夠獲得少年的同意，才能認定已經有所「利用」<sup>45</sup>。

德國刑法第 182 條第 2 項，則是處罰以提供金錢對價方式(gegen Entgelt)換取未滿 18 歲少年的性行為，不過其處罰的行為人僅限於超過 18 歲的行為人，換言之，該項處罰的行為模式，僅限於「超過 18 歲之行為人」以「提供金錢對價」的手法，使「14-18 歲」之被害少年同意其對之為性行為，或由少年對行為人實施性行為。

而第 182 條第 3 項則規定較特別的侵害形態，此即超過 21 歲之行為人，對於未滿 16 歲之被害少年，利用其欠缺性自主決定能力之情狀(durch Ausnutzen der fehlenden sexuellen Selbstbestimmungsfähigkeit)而發生性行為，在此主要涉及的被害人，同樣因為第 176 條之故，而被限制到 14-16 歲的未成年人，至於被害少年欠缺性自主決定能力，專指該未成年人已經超過 14 歲，在德國刑法上理應被認定具有性自主決定能力，可以自行決定與何人、何種形式、何地及何時發生性行為相關活動，但這類被害人雖然已經超過 14 歲，但卻欠缺年齡所應相伴的性成熟意識，使該少年對於性所連動的行為或活動，並無充分、適足的理解，行為人利用被害人欠缺性理解的特殊狀況，從而與其發生性活動<sup>46</sup>。本條可說是對第 176 條保護範圍的擴張，因為第 176 條直接認定未滿 14 歲兒童欠缺性自主決定能力，任何與性相關的活動一律禁止，但 14-16 歲區間的少年，理應有相應的性自主能力，卻因被害人特別情狀而明顯欠缺，此時是否存在性自主決定能力，自須個案予以判斷<sup>47</sup>。

<sup>42</sup> SSW-StGB/Wolters, § 182 Rn. 6.

<sup>43</sup> SSW-StGB/Wolters, § 182 Rn. 6; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), StGB Kommentar, § 182 Rn. 6.

<sup>44</sup> Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), StGB Kommentar, § 182 Rn. 6. 必須說明的是，德國刑法第 177 條的脅迫手段惡害內容，僅限於人身法益，此種情況不會構成強制型的性侵害罪名，因此只能在少年被害人時改論第 182 條第 1 項刑責。

<sup>45</sup> Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), StGB Kommentar, § 182 Rn. 6; SSW-StGB/Wolters, § 182 Rn. 7.

<sup>46</sup> Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), StGB Kommentar, § 182 Rn. 10.

<sup>47</sup> SSW-StGB/Wolters, § 182 Rn. 20.

以上簡要整理第 182 條擴張保護少年性自主的特別規定，由於第 182 條的刑度相對較輕，因此本條在適用次序上通常較居後位；其中第 3 項可說是最後的補充性規定，倘若個案中可以適用第 1 項或第 2 項的規定，那麼第 3 項就排除適用<sup>48</sup>。

### （五）促成未成年人與第三人實施性行為

德國刑法最後一類有關未成年人性自主的條文，是德國刑法第 180 條的規定。該條有別於前述各類型，其主要的處罰對象，並非直接與未成年人發生性行為者，而是促成未成年人與第三人發生性行為（Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger）的類型，行為人僅立於外圍，提供誘因或利用未成年人本身受到行為人監督的特點，使得未成年人與第三人發生性行為，第 180 條並不著重實際與未成年人發生性行為的第三人<sup>49</sup>，而是以處罰促成性活動的行為。至於行為人如何促成第三人與未成年被害人之間的性活動，在德國刑法第 180 條共設了三類規定。

首先是第 1 項，該項處罰媒介（Vermittlung）或創造有利機會（Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit），而使得未滿 16 歲之被害人與第三人實施性活動的行為人，必須注意的是，因為德國刑法第 176 條第 2 項已經處罰使未滿 14 歲之兒童與第三人發生性行為的行為人了，德國刑法第 180 條第 1 項的處罰範圍，原則上必然限縮至涉及 14-16 歲年齡區間的被害未成年人。基此，只要行為人以任何方式使第三人與 14-16 歲的未成年人發生性行為，原則上就成立第 1 項刑事責任。

其次是第 180 條第 2 項，該項處罰提供財產對價給予未滿 18 歲之未成年人，而使得未成年人與第三人發生性活動的事例。必須特別強調，有別於前文介紹過的第 182 條第 2 項，後者主要處罰提供對價予未滿 18 歲之少年，而「直接」與該少年發生性行為之人，但第 180 條第 2 項的行為人，則非直接發生性行為者，而是使得第三人與未成年人得以發生性行為的誘發者。依德國刑法的解釋，本項處罰重心在於，未成年人出於金錢對價約定而發生性行為，因此只要在發生性行為時點具有對價期約，行為人即可構成犯罪，至於未成年人是否取得對價的給付，則非處罰重心所在<sup>50</sup>。

<sup>48</sup> Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), StGB Kommentar, § 182 Rn. 15-16.

<sup>49</sup> 該第三人可能不受處罰，例如與甲誘使 15 歲的 A 與 20 歲的 B 發生性行為，如果 B 是得到 A 的同意，此時只有甲依德國刑法第 180 條第 1 項受罰，A、B 則屬不罰的合法性行為。

<sup>50</sup> SSW-StGB/Wolters, § 180 Rn. 24.

最後則是第 180 條第 3 項，該項本身是用以補充第 174 條的規定<sup>51</sup>。已如前述，德國刑法第 174 條用以制裁與被害未成年人之間，具有監督支配關係的行為人，但該條僅只規範利用支配關係而與未成年人「直接」發生性行為者，但未處罰利用該關係而使未成年人與第三人發生性行為的事例，因此第 180 條第 3 項即用以補充此部分的規範漏洞<sup>52</sup>，至於具體規定，則是行為人對於未滿 18 歲之人有教育、培訓或生活照料之信賴關係或有職務、工作之隸屬關係，而行為人濫用該關係所連帶的依從性，使得未成年人與第三人實施性行為，與前述相同，因為德國刑法第 176 條已經處理促成未滿 14 歲未成年人與第三人性行為，因此本項的適用自然限縮至 14-18 歲的未成年人區間。

### 三、小結

以上簡要說明德國刑法有關未成年人的保護架構，必須再次強調，德國立法者採取許多重疊性的條文設計，但最後這些條文仍然可以透過競合關係解決適用的優先順序問題，由於德國法的規範結構異常複雜，難以透過單一圖表方式清楚說明，以下就分別從行為人直接與未成年人實施性行為（圖表一），以及行為人間接促成未成年人與第三人實施性行為（圖表二）兩種方式，說明德國刑法對於未成年人性行為的管制架構。

#### （一）行為人直接與未成年被害人實施性行為之刑責

被害人未滿 14 歲	不區別行為人手段類型，直接適用 § 176 I			
被害人 14-16 歲	濫用對未成年人之監督地位	濫用非機構之監督地位	教育、培訓或生活照料之信賴關係	§ 174 I (1) → 不必個案認定有無濫用地位
			職務、工作之隸屬關係	§ 174 I (2) → 須個案認定有無濫用地位
			親屬或共居關係	§ 174 I (3) → 不必個案認定有無濫用地位
	濫用機	教育、培訓或生	§ 174 II (1) → 不必個案	

<sup>51</sup> SSW-StGB/Wolters, § 180 Rn. 34.

<sup>52</sup> SSW-StGB/Wolters, § 180 Rn. 34.

		構之監督地位	活照料之信賴關係	認定有無濫用地位
	補充型規定		利用受迫情狀	§ 182 I (1)→個案認定有無利用受迫情狀
			給予對價	§ 182 II→行為人超過18歲
			利用性自主能力缺陷	§ 182 III (1)→個案認定被害人是否欠缺性自主能力，並限定行為人超過21歲。
被害人 16-18歲	濫用對未成年人之監督地位	濫用非機構之監督地位	教育、培訓或生活照料之信賴關係	§ 174 I (1) →須個案認定有無濫用地位
			職務、工作之隸屬關係	§ 174 I (2) →須個案認定有無濫用地位
			親屬或共居關係	§ 174 I (3) →不必個案認定有無濫用地位
		濫用機構之監督地位	教育、培訓或生活照料關係	§ 174 II (1)→須個案認定有無濫用地位
	補充型規定		利用受迫情狀	§ 182 I (1)→個案認定有無利用受迫情狀
			給予對價	§ 182 II→行為人超過18歲
			利用性自主能力缺陷	不在處罰範圍內

(二) 行為人促成未成年人與第三人實施性行為之刑責

被害人未滿 14 歲	不細分各種情況，一律依§ 176 II 處罰	
被害人 14-16 歲	利用受迫情狀促成	§ 182 I (2) →個案認定有無利用受迫情狀
	利用被害人欠缺性自主能力促成	§ 182 III (2) →個案認定被害人是否欠缺性自主能力，並限定行為人超過 21 歲。
	媒介或創造機會而促成	§ 180 I
	提供對價而促成	§ 180 II
	濫用信賴關係或工作從屬關係之監督地位而促成	§ 180 III
被害人 16-18 歲	利用受迫情狀促成	§ 182 I (2)
	利用被害人欠缺性自主能力	不在處罰範圍內
	媒介或創造機會而促成	不在處罰範圍內
	提供對價而促成	§ 180 II
	濫用信賴關係或工作從屬關係之監督地位而促成	§ 180 III

肆、比較與檢討：代結論

以上分析了德國與我國刑法有關與未成年人性行為有關的刑罰規定，必須承認的是，兩者在設計上均採取類似的年齡結構，亦即以 14/16/18 等年齡區間，區別刑事責任，正因為如此，德國刑法修正以後的規範結構，也提供了我國未來修法若干值得借鏡之處，以下分為三點說明。

一、調整性行為概念與修訂三人型的犯罪結構

德國刑法修正後最重要的特點，在於將性交／猥褻二分的基本行為態樣，一律以「性行為」的新概念取代，性交在此意義下，不再是規範重心，至多只是加重的行為形態而已。德國修法正確地反應性自主在刑法中的規範定位，規範的基礎重心並非性交，而是任何與性有關聯性的社會行動，我國法目前

仍未採取此一作法，未來殊值參考德國刑法規定修正<sup>53</sup>。

其次，德國刑法規範結構中，對於行為人是否參與性行為，設計出兩種不同類型的管制策略，此即雙人型（行為人與被害人實施性行為）與三人型（行為人促成第三人與被害人之性行為），雖然這種規範模式勢必讓構成要件的結構異常複雜，但同時卻也能清楚地讓行為人刑事責任相對明確。尤其當欠缺三人型的構成要件時，要一併處罰促成該行為的外圍行為人，只能透過間接正犯或共同正犯的規定，固然我國長期以來透過採納共謀共同正犯方式放寬共同正犯的成立範圍，但這絕非正途，合理作法仍然應該訂定三人型的促成構成要件，這一點尤其在未成年人的性活動事件中有其重要性，當行為人並非直接與未成年人實施性行為，而是以各種不同的手法促成，舉凡利用其監督地位、利用該未成年人對性的無知等，未來均應有其應對規定方能貫徹對未成年人的保護。值得一提的是，性剝削條例已經大幅將三人型的攻擊模式構成要件化，但未來應該更進一步直接納入刑法典中。

## 二、詳細訂定侵害未成年人之行為模式

另一個值得我國法參考的德國立法方向，在於德國法條中創設了非常多種類的侵害方法，相應於此，我國基本上只有刑法 227 條的構成要件作為最終端的保護規範。我國現行作法雖然不能說絕對有誤，畢竟各類型的侵害手法最終都會回歸到刑法第 227 條臚列的行為態樣，但考量行為人對於未成年人性自主的介入方式，可能有非常多元的態樣，若不予詳細規範，就直接放任刑法第 227 條以截堵構成要件（Auffangtatbestand）的模式，不細分情狀地處罰實施性行為之人，恐怕過度擴大截堵構成要件的作用，也無法具體、明確地讓表現行為不法在個案中的刑事非難。基此，筆者認為我國刑法有必要重新檢討侵害的各類態樣，並重新設計可能的侵害方法。

## 三、廢止最高法院決議

最重要的問題，仍是廢止最高法院 99 年度第 7 次決議。已如前文所述，最高法院的決議創造了法律文字中不存在的 7 歲年齡，此項見解完全剝除法官在個案中依法判斷的審查空間，不無違反罪刑法定主義之嫌。此外，對於未成年人的性交或猥褻行為的基礎規定刑法第 227 條，其有關未滿 14 歲未成年人的侵害刑度，早與刑法第 221 條及第 224 條的基礎刑度一致，最高法院

<sup>53</sup> 當然必須強調，這部分的修正是整體性自主罪章問題，並非專門針對未成年人的性侵害。

決議真正的功能，僅在於透過決議擬制，讓行為人構成更重的加重強制性交或加重強制猥褻罪而已（7年以上有期徒刑／3-10年有期徒刑），然而這種要求法官量刑下限的作法，根本可以透過刑法第227條第1項與第2項的解釋達到效果，縱然沒有決議，在性交類型，法官還是可以判到7年或8年的有期徒刑，在猥褻類型還是可以判到4年或5年的有期徒刑，最高法院扭曲正確解釋，創造不存在的適用限制，實在得不償失，未來應考慮直接廢止99年的錯誤決議，並將相關刑責回歸第227條或新創的侵害未成年人性自主條文。