

國立政治大學法律學系碩士班

碩士論文

少年間合意性行為之除罪化

——以美國法定強暴罪為借鏡

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

指導教授：謝如媛博士

研究生：許嘉菱

中華民國 107 年 07 月

謝 辭

論文得以完成，首先必須感謝指導教授謝如媛老師，從大學到研究所，老師一直給我許多溫暖的支持與鼓勵，在我缺乏自信時，老師總是相信我可以把事情做得很好，在學術研究卡關時，老師總是細膩而準確地指出我思考上的盲點，不論是做為老師課堂上的學生或是研究助理，我都從老師身上學到很多寶貴的知識及經驗。縱使我已先踏入職場，老師對我的關心仍未減少，也經常麻煩老師利用晚上或週休的時間指導論文，真的非常幸運能在求學的路上遇見謝老師。

在論文的修訂中，感謝兩位口試委員的寶貴意見，李佳玟老師精闢地點出論文不夠完備的所在，並提供該從何進一步發展的建議，讓我有機會將論文陳述的更加完整，李聖傑老師則生動地以各種例子，引導我思考從未想過的觀點，令我能夠從不同角度重新看待論文要處理的議題，真的很感謝兩位老師在口試過程中給予的啟發以及勉勵。

需要特別感謝的是我在大三暑假到台北地檢署觀護人室實習時，擔任我督導的曹光文觀護人，曹觀就像一座寶庫，常不吝與我分享各種實務經驗，也常幫我解答各種人生難題，在指導我完成實習研究報告時，曹觀也傳授我很多研究的技巧，啟發我對學術研究的興趣，並鼓勵我報考研究所推甄，不論在我的職涯發展或學術研究路上，都是我重要的貴人。

在政大的學習期間，除了指導教授謝如媛老師與擔任口委的李聖傑老師外，也要向刑法中心的何賴傑老師、楊雲樺老師、陳志輝老師、許恆達老師致謝，他們引領我認識刑事法並在課堂中傳授許多豐富的知識。另外對於同是謝門寶寶的曉萱、張惠、欣恩、俊儒、浩瑋也表達我的感謝，在論文討論的過程

中，你們給予的意見讓我獲益良多，曉萱在受訓與工作忙碌的之餘也不忘關心我的論文進度，兩位學弟俊儒、浩瑋更是提供許多實質協助，讓遠在高雄的我節省了很多時間與心力。

在台北求學期間，我也想趁此機會感謝一群好朋友們，首先是秀明小屋的璟賢(毛毛)、小喬、懷舒、奕璇，與你們住在一起、烹飪、聊天或僅僅是靜靜的待著，都給我很大的安心感，尤其是與你們舉辦各種dress code party、整晚不睡暢談人生、性別、政治、生活，都是我在研究所階段最懷念與珍惜的回憶之一。另外秀明之友、光復小屋的孟俐也是我不可或缺的好夥伴，感謝你每次在我北上時的收留，我也很懷念我們一起在宿舍耍廢或爬政大後山到樟山寺喝一杯茶的日子。另外目前在南臺灣的應援怡馨，從中正到政大，從北部到南部，謝謝有你陪伴，我不願讓你一個人(唱)。還有從高中以來一路相伴的好朋友依萍與姿文(屁文)、婉瑜(猴子)，依萍總是給我暖暖的支持，屁文則在我的日文學習路上提供救援，猴子從無名到ig都緊緊發摟，從未離開過，謝謝你們！另外還有中正的好朋友靖雅，謝謝你總是那麼的看好我，給我很多的信心。

在碩二結束的那年，我很幸運的回到自己的家，並在高雄少年及家事法院擔任少年調查保護官。雖然論文寫作必須在兼顧工作的情況下同時進行，在提筆又擱的膠著中斷斷續續完成，深夜或清晨時，我常常想著當初是不是該完成論文後再踏入職場，但現在想想，若沒有實務上的學習與經驗，或許無法體會少年的生命故事，進一步在論文中呈現我的感觸與想法。在職場生涯中，很感謝陳美燕院長、林清吟庭長、何明晃法官、李明鴻法官在行政與調保業務上給我諸多指導，而調查保護室的陳貞夙主任經常勉勵我一定要完成論文、更上層樓，初亞南主任也常常關心我的論文進度與身心健康，在高少家更有一群溫暖的組長與同事——信穎組長、淑卿組長、雯郁、佳嘉、正瑜、李韋、宜穎、佳

純、奕賢、亦瑩、健宇等等，不論是工作上的可靠支援，或是下班後的娛樂補給，因為你們的存在，讓我的職場生涯增添許多色彩，也很感謝你們在我論文寫作過程中給予的關心與幫助，讓我覺得無比暖心。

還有要特別感謝的是人生的伴侶耀輝，面對裹足不前的我、焦慮崩潰的我，你總是理性的給予各種意見與實質協助，幾乎是提供食衣住行育樂全方位支援，不管是載我到成大找資料、聽我闡述論文、跟我分享研究的想法，督促我安排時間，陪我吃喝玩樂運動紓解壓力，謝謝你總是激勵我變成更好的人。

最後要致謝的，還有我親愛的家人，感謝我的爸爸、媽媽與哥哥，你們讓我了解，不論遇到多少挫折跟困難，你們永遠會在我身邊給予支持，不論我做什麼決定，你們永遠將對我的愛放在第一位。如果沒有你們，我的求學之路不會如此順利，希望與你們一同分享完成論文、取得學位的喜悅。

最後的最後，我想謝謝我自己一路面對各種挑戰都沒有放棄，縱使伴著恐懼同行，跌跌撞撞地依然持續往前。很多事情與其擔心做不到，不如思考如何做到，不必事事追求完美，但求無愧己心。謹以此勉勵自己樂觀地面對接下來的人生挑戰。

許嘉菱

2018.8

摘要

關於少年間的合意性行為（實務上稱兩小無猜案件）是否應予除罪化，社會各界已討論許久，但相關修法改革卻遲遲沒有進展，足見此議題的爭議性與複雜度。回顧過去探討少年間合意性行為的相關文獻，多是各自為政，依其領域所面臨的爭議或實務困境為研究核心，例如法律研究者聚焦於刑法第227條的保護法益辯證以及其與妨害性自主罪章中其他條文的適用問題，社會工作者與學校老師則關心兩小無猜案件中的親子衝突、少年的服務與教育輔導議題，較少有研究整合各領域的研究成果或是以刑事政策的視角進行比較分析。

本文爬梳法律學、社會學、心理學、女性主義相關文獻，描繪兒童、青少年、少女的形象，並勾勒現行法律交織而成的保護網絡，檢討學校、社政、少年司法各領域所面臨的實務困境。另在借鏡美國法定強暴罪的運作經驗後，反思台灣對少年性議題的法律問題，我們須警惕貞操觀念對法律的影響，避免法律成為性道德的治理工具，並體認刑法有其極限，不可過度依賴，並應該以少年作為主體，並以其最佳利益作為刑事政策的核心理念。

本文建議參考美國的年齡差距條款，將一定年齡差距內的少年間合意性行為除罪化，並且不該將少年的性與情慾標籤化為偏差行為，而是該正視青春期的合理性發展，提供正確的資訊與教育輔導資源，協助少年健全成長。

關鍵字：兒童、少年、青少年、性自主、性剝削、身心健全成長、刑法第 227 條、妨害性自主、法定強暴罪。

Abstract

The decriminalization of consensual sexual behavior between adolescents has been under discussion and debate for a long time, but the controversy still existed. Reviewing the literature on sexual behavior between adolescents, we can find that researchers in specific fields are concerned about that topic with specialized aspects. For examples, legal researchers focus on the protective legal interest of Article 227 in the Criminal Code and its applications; Social workers and school teachers target on parent-child conflicts, sexual education and counseling for adolescents. However, few studies have been conducted to integrate research results from various fields or comparative analysis from the perspective of criminal policy.

Reviewing the literature on law, sociology, psychology, and feminism to illustrate the image of children, adolescents, and young girls as the fundamental knowledge, this study introduced the protection network established by the existing legislation, and also showed the practical dilemmas faced by the education system, social administration, and juvenile justice. In order to find a sound solution, this study reflects Taiwan's legal issues on adolescent sexual behavior from learning cases of the operational experience of statutory rape law in the United States. First of all, we must be alerted to the impact of chastity aspects on the law, avoiding the law becoming a tool of sexual ethics. Furthermore, we should recognize that criminal law has limitation and should not be over-reliant. Finally, taking the adolescents as the subjectivity and their benefits as major concerns are the core concepts of ideal criminal policy.

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

Keywords: Children, Juveniles, Adolescents, Sexual Autonomy, Sexual Exploitation, Physical and Mental Development, Article 227 of the Criminal Code, Sexual Offenses, Statutory Rape.

目次

第一章 緒論	1
第一節 研究背景	1
第二節 研究目的與問題意識	2
第三節 研究方法	3
第四節 名詞界定與研究範圍	3
第二章 與兒童及少年合意性行為的犯罪化	6
第一節 兒童及少年的性	6
第一項 兒童純潔且無性的社會建構論	6
第一款 兒童的性發展	6
第二款 兒童形象的社會建構	7
第二項 少年衝動且未成熟的心理發展論	10
第一款 少年的身心發展	10
第二款 少年形象的社會評價	12
第三款 青少年的特殊性—易受傷害論	14
第三項 性之於少年的發展及影響	20
第一款 我國少年性行為統計與研究	20
第二款 性行為對於少年的可能影響	21
第三款 國家基於少年的利益而干預其性行為	25
第二節 對兒童及少年性行為的刑事規範	29
第一項 從懲罰風俗犯罪到保障性自主權	29
第一款 1999 年修法前「準強姦罪」立法脈絡	29
第二款 1999 年修法後「妨害性自主罪」修正重點	33
第二項 刑法第 227 條的保護法益爭議	36
第一款 兒童及少年的性自主權	37
第二款 兒童及少年的身心健全成長權	38
第三款 對本罪保護法益的再思考	41
第三項 我國現行法律的爭議及適用	44

第三節 「少年間合意性行為」的特殊條款與適用	47
第一項 行為人是兒童及少年在刑事政策上的特殊性	47
第二項 兩小無猜條款的立法設計	49
第三項 兩小無猜條款在少年事件的適用問題	51
第一款 減輕或免除其「刑」與少年保護事件	51
第二款 「告訴乃論」並非啟動少年事件程序的要件	52
第四節 小結	54
第三章 各系統處理少年間合意性行為之模式與困境	56
第一節 學校依據性別平等教育法的處理	56
第一項 通報責任	56
第二項 調查與處理程序	58
第一款 組成性別平等教育委員會調查小組	58
第二款 調查小組進行訪談、撰寫調查報告	59
第三款 調查後之相關懲處與輔導	61
第三項 教育部之立場—教育優於司法	62
第二節 社政及衛福等單位依據性侵害犯罪防治法的處理	63
第一項 通報責任	63
第二項 對被害人之陪同與保護	64
第三項 對加害人的監督與治療輔導	65
第三節 法院依據少年事件處理法的處理	70
第一項 少年事件處理法之精神與原則	70
第二項 收案與審前調查	72
第三項 調查與審理階段	73
第四項 保護處分之執行	79
第一款 訓誡/訓誡並予以假日生活輔導	79
第二款 保護管束/保護管束並命勞動服務	80
第三款 安置輔導	81
第四款 感化教育	82
第四節 各系統所面臨的實務困境	83
第一項 學校教育現場	83

第一款 通報造成的信任破壞與焦點轉移	83
第二款 校園性別平等教育難以落實	85
第二項 社政服務實務	86
第一款 非典型兒少保案件的服務價值困惑	86
第二款 社政資源有限下的成本耗費	87
第三項 司法運作場域	88
第一款 性污名的深化	88
第二款 專業重複處遇或相互排擠	89
第五節 小結	90
第四章 借鏡美國「法定強暴罪」的刑事政策	93
第一節 早期至 19 世紀的「最低同意年齡」法律	93
第一項 同意年齡的立法—保護白人女性婚前貞節	93
第二項 同意年齡的提高—中產階級的焦慮與性道德	95
第三項 貞節至上—以階級與種族分類的性	98
第四項 當法律成為性道德的治理工具	100
第二節 20 世紀第二波女性主義改革浪潮	103
第一項 強暴罪與法定強暴罪的改革目標	104
第二項 女性主義者的政治困境	106
第三項 女性主義者的改革成果	110
第三節 20 世紀末針對未婚懷孕與福利濫用的保守改革	112
第一項 改革背景—不斷上升的福利開支	112
第二項 改革策略—嚴格執行法定強暴罪	113
第三項 嚴格執行法定強暴罪的負面影響與批評	115
第四節 當代以年齡差距為分野的立法例應用	118
第一項 法定強暴罪的打擊重心—年長的掠奪者	119
第一款 法定強暴罪關係中的成年男性與青少年	119
第二款 法定強暴罪關係中的成年男性與青少年	122
第三款 法定強暴罪關係中的成年女性與青少年	123
第四款 法定強暴罪關係中的成年女性與青少年	125
第五款 法定強暴罪的立法想像與反思	125

第二項 法定強暴罪的排除適用—羅密歐與茱麗葉	127
第一款 法定強暴罪使少年受到不成比例的懲罰	127
第二款 少年間的性行為不應被視為犯罪	131
第三項 年齡差距條款與羅密歐與茱麗葉法案的應用	133
第一款 年齡差距條款	133
第二款 羅密歐與茱麗葉法案	137
第五節 小結	138
第五章 回應我國刑法第 227 條的相關爭議	141
第一節 從美國法定強暴罪經驗反思我國狀況	141
第一項 源於貞節的立法精神影響至今	141
第二項 利用刑法矯正不符合性道德的少年	144
第三項 對刑罰的過度期待—刑法在少年性議題的極限	147
第二節 台灣各界對少年性議題的意見分歧	148
第一項 廢除刑法第 227 條，支持兒少性自主	149
第二項 刑法第 227 條的部分除罪化，以服務供給替代懲罰	150
第三項 反對廢除刑法第 227 條或兩小無猜除罪化	151
第四項 對兒少極端保護論的批判	152
第五項 本文的回應與立場	153
第一款 年齡相近的少年間合意性行為應除罪化	153
第二款 除罪化能改善僵化的年齡標準，提供個案評估空間	157
第三款 性作為少年健全成長的一部分	158
第三節 去問題化—將青春期的性行為視為自然發展歷程	163
第一項 將青春期的性行為「問題化」的相關研究	163
第二項 對青春期的性行為「問題化」的質疑與不同觀點	165
第三項 以正向積極的態度看待青春期的性行為	168
第四節 重構少年性議題的刑事政策	169
第一項 以少年最佳利益為核心	169
第二項 對少年間性行為除罪化的修法建議與展望	172
第五節 小結	175

第六章 結論	177
第一節 本文回顧.....	177
第二節 未來展望.....	178
參考文獻.....	181



表次

表 1 與兒少合意性行為之刑事法律沿革	35
表 2 與兒童及少年性行為（性交）之刑法適用	47
表 3 少年事件的來源	52



圖次

圖 1 現行的實務網絡	90
圖 2 青少年期性交的模式	160



第一章 緒論

第一節 研究背景

2015 年 10 月 31 日第十三屆同志遊行主題為：「年齡不設限—解放暗櫃，青春自主」，希望探討年齡與性別如何透過制度與規範，阻礙個體在生活中的自由展現。活動中一台掛著「兒少性無罪 廢除刑法 227」布條的前導車引起了眾人的注意，而做此主張的「人民民主陣線—貧窮同志參政團」更進一步投書媒體，認為合意自主的性行為不該被入罪，制度不該以保護之名行懲罰之實，限縮人民直視並處理未成年者性議題的機會¹。這個倡議引發了社會各界的激辯，部分的宗教、家長團體紛紛表達其擔憂與恐懼²，而長期從事兒少服務的勵馨基金會則表態不應全面廢除刑法第 227 條，主張推動兩小無猜除罪化³。兩小無猜，指的是未滿 18 歲之人觸犯刑法第 227 條的案件，這種年齡相仿少年間的合意性行為，在法律上因為刑法第 227 條的規定，與未滿 16 歲之人性交均須負擔刑事責任，雖然未滿 18 歲之人觸犯本罪，依刑法第 227 條之 1 得以減輕或免除其刑（又稱兩小無猜條款），且依刑法第 229 條之 1 為告訴乃論之罪，但兩小無猜案件仍然可能進入司法程序。台灣展翅協會對兩小無猜的除罪化則存有

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

http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20151103/725005/?fb_comment_id=fbc_1239943402699480_1240176876009466_1240176876009466#f2d85d5d28（最後瀏覽日期：2018/01/12）

²北市小聯會聲明：嚴正反對廢除刑法 227 條，自由時報，網址：

<http://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/1503524>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

³勵馨基金會呼籲：兩小無猜除罪化，非全面廢除刑法 227，公民行動影音紀錄資料庫網站，網址：<http://www.civilmedia.tw/archives/39211>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

疑慮，其建議若兩造年齡相當（如相差 2~3 歲）且為「持續交往的關係」方可考慮除罪化，避免青少年受到團體壓力而在半推半就的情形下發生性行為⁴。另外婦女新知基金會則認為現行的刑法「妨害性自主」罪章各條項均有其缺陷，造成實務判決問題叢生，應當就「妨害性自主」罪章所有條文整體性的修法來解決，而非單純討論單一條文的存廢⁵。其實早在 2011 年 11 月 2 日，婦女新知基金會即曾舉辦過「兩小無猜罰不罰？刑法妨害性自主罪章現行實務處境」之座談會，而 2013 年 5 月 28 日，立法委員王育敏也曾辦過「兒少嚐禁果，爭議如何解？」之公聽會，一直到了 2014 年 10 月 27 日，勵馨基金會仍圍繞此議題，辦理「2014 愛馨擂台：兩小無猜除罪化配套措施圓桌論壇」，然而社會對話至今仍未形成共識，雖然 2017 年我國司法改革國是會議針對刑法第 227 條、第 227 條之 1 的兩小無猜的議題做出決議：「建議相關主管機關參酌其他國家立法例，檢討目前『兩小無猜』間合意性行為之相關刑罰與通報規定，以教育輔導取代訴訟程序、以服務供給取代刑責。」但國是會議決議並不具拘束力，最終還是需要回到立法機關解決。

第二節 研究目的與問題意識

從兩小無猜案件是否予以除罪化的爭議當中，筆者產生幾點疑問，第一是為什麼兒童及少年的性會引起如此廣大的社會焦慮？社會如何看待兒童及少年的性行為？第二是我國刑法介入規範「與兒童及少年合意性行為」時，其背後

⁴李麗芬（臺灣展翅協會秘書長），兩小不一定無猜，刊於蘋果即時論壇，網址：

<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20151112/730684/>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

⁵婦女新知對廢除刑法第 227 條之正反雙方意見的回應，公民行動影音紀錄資料庫網站，網址：<http://www.civilmedia.tw/archives/39201>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

的刑事政策目的如何轉變？兩小無猜條款是否發揮作用？再者，在此種刑事政策底下，學校與社政、司法各系統在處理兩小無猜案件時，其程序與所面臨的困境有哪些？假設我們決定將兩小無猜案件予以除罪化，是否有其他國家的刑事政策與立法例可以參考？秉持著這些問題意識，本文希望能建構一張得以真正保護兒童及少年的新網絡，重新思考處理兩小無猜案件的適宜方式與態度。

第三節 研究方法

本文會以文獻資料分析為主要研究方法，因為少年間合意性行為是否除罪化（兩小無猜除罪化）之議題自 2011 年開始就被提出來討論，至今已累積不少文獻，包含國家政策文件、官方統計資料、座談會之會議紀要、大眾傳播媒體材料、民間團體之研究報告、學者的專書或期刊論文等等，也有不同領域（包含法律、社工、犯罪防制）的研究生、實務工作者以兩小無猜案件為題進行學術論文研究，因此本文希望透過有系統地搜集、整理前人相關研究，並輔以自身的實務觀察經驗，以除罪化為論述核心進行分析、批判與歸納，再借鏡美國法定強暴罪的刑事政策討論、年齡差距條款之立法例，做出具體建議，希望對於此議題的未來改革、法律修訂有所貢獻。

第四節 名詞界定與研究範圍

一、兒童及少年、青少年等用語

在聯合國兒童權利公約中，兒童（child）指的是未滿 18 歲之人，但是依據我國兒童及少年福利與權益保障法以及少年事件處理法之規定，兒童是指未滿 12 歲之人，少年是指 12 歲以上未滿 18 歲之人，本文中所稱的兒童及少年也是

以此年齡區間為標準。

「少年」與「青少年」這兩個名詞會在本文中交替出現，「少年」多是在刑事法理上所使用的名詞，而「青少年」則是「以生理發展與心理變化」來界定，多運用於心理學、社會工作等領域⁶，因此本文會依據所討論的背景知識不同而交替使用這兩個名詞，而有時為了強調青少年不同性別所帶來的特殊性，故會使用「青少女」以及「青少男」之用語作為區辨。

刑法第 227 條的的行為客體包含未滿 14 歲之男女、14 歲以上未滿 16 歲之男女，這導致相關文獻中用語不一的問題，除了兒童及少年、青少年外，也有將行為客體稱為稚童、幼童、幼年人、未成年人等不同用法，有時引註為了忠於原文，仍會予以使用，但由於本文的研究焦點是實務上的兩小無猜案件，在法律上指的是未滿 18 歲之人觸犯刑法第 227 條所產生的相關議題，且會落入少年司法的處遇範疇，因此在本文討論中會以「少年」作為統稱。

二、性行為之定義

「性行為」一詞所涵蓋的範圍廣泛，在刑法上可能包括性交與猥褻的概念，性交的定義依據刑法第 10 條第 5 項：「稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、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。」至於猥褻的定義，最高法院認為：「所謂猥褻，係指姦淫（現行法稱性交）以外有關風化之一切色慾行為而言」（二十七年上字第五五八號判例）。

為使爭點聚焦，本文會以刑法第 227 條中與未滿 16 歲之人性交（包含對於未滿 14 歲之男女以及對於 14 歲以上未滿 16 歲之男女為性交者）為論述核心，

⁶ 陳慈幸、蔡孟凌（2009），《少年事件處理法學理與實務》，臺北：元照，頁 6。

至於猥褻的部分，因為從妨害性自主罪性自主權保護法益的規範目的思考，性交與猥褻僅是對侵害性自主權程度不同的表達⁷，因此將討論核心放在性交行為上，基於舉重以明輕之法理，應可兼顧猥褻部分的思考。另外，涉及性騷擾防治法、兒童及少年性剝削防制條例之行為亦不在本文討論之列。

三、將研究範圍限縮於少年間合意性行為

關於「少年間的合意性行為」，本文有時會以實務上所稱的「兩小無猜」作為代稱，考量到年齡相仿的少年在青春期時常會進入對異性好奇的階段，也容易與同儕發展出戀愛交往的關係，進一步有發生合意性行為的可能，這樣的行為是否應該用刑罰處理？現行的法律網絡產生什麼問題，這些都是本文所關注的內容。

至於兒童間的性行為，從人類身心的自然發展來看，屬於較不常見的現象，而且兒童間的性行為是否真的帶有性意涵？還是出於遊戲、好奇、探索的動機，只是成年人以「有色」眼光看待？其實頗具爭議，加上這類案件在實務上所佔比例較低，因此本文將其排除於討論的範圍。另外「與兒童合意性行為」則涉及戀童、性虐待、性剝削等問題，而且兒童有其發展與社會建構上的特殊性，本文會在第二章做說明，但在刑事政策中，其可罰性基礎較無爭議，故也非本文除罪化討論的對象，目前將研究焦點集中於少年間的合意性行為。

⁷ 李聖傑（2004），〈妨害性自主：第二講 性行為與性的行為〉，《月旦法學教室》，第21期，頁94。

第二章 與兒童及少年合意性行為的犯罪化

第一節 兒童及少年的性

每個法規都假定了我們對事物的某種理解，本節所欲探究的是成人社會如何看待兒童及少年的性，以及基於何種觀點或研究而主張予以規範並犯罪化？本節將分別針對兒童以及少年的形象，從社會建構、心理發展等視角進行討論，並特別將青少年獨立出來，以女性主義的觀點加以檢視，希望將他們在法律上的形象與地位建構的更加細緻而完整。接著將說明性之於少年的發展議題，包含我國少年發生性行為的現況與統計資料、性行為的影響，並提出本文對國家介入少年的性之想法。

第一項 兒童純潔且無性的社會建構論

第一款 兒童的性發展

一般來說，我們很難將性與兒童連結起來，但依據弗洛伊德對幼兒性慾的研究，他指出公眾輿論認為：「兒童期並沒有性活動，性本能等到青春期才會甦醒。」這種看法是錯誤的，且弗洛伊德所描述的幼兒性慾表現相當廣泛，包含吸吮拇指、肛門排泄、手淫等都被劃入其對幼兒性活動的探究範圍，而性發展的結果亦會影響成人正常的性生活⁸。

知名的金賽性學報告在「嬰兒與兒童期的性」一章則指出，新生男嬰會有勃起現象，女嬰則會有生殖器腫大及陰道潤滑現象，這些屬於正常的生理反應，但不能以成人對性的認知來理解，且當嬰兒可控制手部運動時，也會藉由

⁸ 弗洛伊德（Sigmund Freud）（著），宋廣文（譯）（2007），《性學三論·愛情心理學》，頁 81-97，臺北:Portico publishing。

撫摸生殖器作為自我探索、減輕焦慮的方式，不過這與青春期、成年期帶有感情或情緒因素的自慰行為不同。而在性發展上，幼兒在 18 個月至 3 歲間開始建立早期性別認同（知道自己是男生或女生），出現性別角色相對應的性別行為（出現裝扮、留長髮、應該玩的玩具等差異）。到了四、五歲的小孩會對性更加好奇，可能有更多自慰行為並開始與其他小孩玩性遊戲（sex play），性遊戲最頻繁的時候在六至十歲間，而且多發生在同性玩伴上，出現互相暴露、撫摸性器官的性探索行為，在八至九歲時，兒童會逐漸知道性興奮是性愛感覺的特定典型，開始尋求這些愉悅經驗，發展帶有性愛成分的內在想法、自慰念頭⁹。

雖然在金賽報告中專家學者試圖告訴父母這些行為是「正常」的，並鼓勵家長使用正確的字眼和孩子討論性，以免過度責罵、焦慮、羞恥影響了孩子成年後對性愛的態度，以及追求性愉悅、發展親密關係的能力¹⁰。但在許多家長眼裡，若知道自己的孩子和男同學一起自慰，肯定是驚嚇萬分，為什麼會這樣呢？金賽報告中提到成年人受到「文化」的影響而對該類情形感到心神不定，但到底是什麼樣的文化？為什麼我們難以接受兒童是有性的？或許我們可以從社會建構的觀點來了解。

第二款 兒童形象的社會建構

法國學者 Philippe Ariès 在 1960 年代的著作《兒童的世紀》(Centuries of Childhood)中，藉由考察四個世紀的藝術創作（繪畫、日記）以及遊戲、禮儀、學校及其課程的演變來追溯兒童的歷史，並且發現「在中古社會中，童年的概

⁹瓊·瑞妮絲，露絲·畢思理（著），王瑞琪，莊雅旭，莊弘毅，張鳳琴（譯）（1992），《金賽性學報告》，頁 389-393，臺北：張老師文化。

¹⁰同前註，頁 393-397。

念並不存在。」，兒童混入成年人的隊伍，與他們一樣工作、一起生活¹¹。

Philippe Ariès 的主張引燃了各領域學者對童年的論戰，從歷史、社會學、人類學的角度研究童年，並逐漸產生「童年是社會建構下的產物」這樣的觀點¹²。

中世紀前兒童與成人並沒有明顯的分野，兒童被認為是不完整的成人，在當時黑死病、饑荒及外族侵略的威脅下，兒童必須勞動以求取生存、平時也參與成人的娛樂，兒童在當時基本上只是縮小版的大人，但隨著工業化的進展，經濟條件與社會環境改善，成年人不必再為生存所苦後，開始有更多的精力關注兒童¹³。

從 17 世紀開始，一些少數的律師、教士、道德家開始承認兒童的天真與弱小，這一轉捩點的出現或許可以歸因於基督教興起以及對教育重視，這些社會的文化菁英開始致力於延長中產階級的童年¹⁴。然而傳統的基督教義認為兒童生來就帶有不潔的原罪，這在 18 世紀掀起了兒童是邪惡還是純潔的論戰，洛克的著作教育漫話中雖然主張兒童是一塊白板、看似中性，但史學家解讀洛克對兒童的看法仍是較為負面（按照其年齡，愚蠢而稚氣的行為是被允許的；兒童帶有不小心、不留意、貪玩等特質），因此需要協助，最好從搖籃時期就發展

¹¹ 菲利浦·阿利埃斯（Philippe Ariès）（著），沈堅、朱曉罕（譯）（2013），《兒童的世紀——舊制度下的兒童與家庭生活》，北京：北京大學。

¹² 柯林黑伍德（Colin Heywood）（著），黃煜文（譯）（2004），《孩子的歷史：從中世紀到現代的兒童與童年》，頁 11，臺北：麥田。《孩子的歷史》一書中引用社會學家普魯特（Alan Prout）與詹姆斯（Allison James）的話：「兒童的不成熟是生命的生理事實，但是如何理解不成熟以及如何賦予意義則是文化的事實。」並提及美國兒童心理學家凱森（William Kessen）的想法，認為兒童是文化的產物，19、20 世紀的美國開始以歷史發展而非永恆的科學來解釋兒童心理學的共同主題。西方世界會將童年與無知、脆弱以及無性慾連結在一起，但在拉丁美洲的貧民窟或飽受戰爭蹂躪非洲地區或許有不同想法。

¹³ 同前註，頁 35。

¹⁴ 同前註，頁 33-34。

他的理性能力，教導他們如何控制自己的本性、依循理性的指導以控制慾望

15。

然而盧梭在其著作愛彌兒中則認為理性需等到十幾歲時才發展完成，因童年是純真的、此最自然的安排是讓兒童在成年前安心地當個兒童，在 18 世紀的浪漫主義時代，詩人更加讚頌兒童的脫俗、一塵不染、純潔等形象¹⁶。到了 19 世紀，美國出現了在經濟上不划算，但在情感上無價的兒童，主張廢除童工的改革者開始強調兒童的神聖化，認為利用兒童獲利等於在褻瀆聖物，其結果使得中產與勞工階級開始對兒童產生情感，促成了後來禁止童工立法以及義務教育等政策，從 19 世紀末開始，童年與青少年期被延長，未成年人進入以年齡分級的學校，逐漸與成人社會隔離¹⁷。

近代以來，核心家庭以及普及教育制度成為主流，在全球化浪潮下，台灣也是類似狀況，隨著國民義務教育的普及，原本戰後 1945 年至 1960 年代以前，童年結束進入職場的時間大約在 12、13 歲（國小畢業），到了 1970 年代大約是 15、16 歲（國中畢業），1990 年代大約延長至 18 歲左右（高中 / 高職畢業）¹⁸，而現在年輕人大部份更是等到大學甚至研究所畢業後才進入職場（22 歲至 24 歲才成為職場新鮮人）。

學者指出，未成年人被隔離在校園這種消毒過的環境中，且法律也做出「成年人的世界即複雜」與「未成年人的世界即單純」的二分，導致未成年人的形象逐漸變得同一化、同質化，孩童被預設成：「不成熟的、需要學習的、

¹⁵同前註，頁 39。

¹⁶同前註，頁 40-41。

¹⁷同前註，頁 43-44。

¹⁸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》，第 147 期，頁 101。

純真無辜的、依賴無助的、需要成年人加以保護」的這種圖像¹⁹。在這種圖像下，性與色情自然必須被排除於兒童的世界，以避免兒童受到汙染，影響其身心發展，也因此世界各國多有禁止兒童色情之立法。

1970 年代歐美各國意識到兒童性虐待與兒童色情問題的嚴重性，積極修訂其國內法並運作國際政治力量，來防堵兒童色情的氾濫，而 1989 年所公布的兒童權利公約第 34 條明定締約國承諾保護兒童免於所有形式之性剝削及性虐待，如引誘或強迫兒童從事非法之性活動(第一款)；剝削利用兒童從事賣淫或其他非法之性行為(第二款)；剝削利用兒童從事色情表演或作為色情之題材(第三款)。眾多政府及民間團體發揮其力量，在國際社會中形成打擊兒童色情的共識，並藉由國際條約豎立起多道防堵兒童色情的高牆²⁰。

第二項 少年衝動且未成熟的心理發展論

第一款 少年的身心發展

相較於童年，青春期的心理學文獻上傾向被視為是一個自然的發展階段，而不是一個具有歷史或社會結構意義的議題，但許多社會學家認為，把少年的經驗醫學化(medicalisation)貶低了社會結構因素的重要性。青春期被病理化為一個「困難的階段」，少年必須受到管理與指引，以達到「成年」這樣一個穩定的狀態及理想的目標。受到流行文化和許多學術知識的影響，少年的社會行為形式被刻劃成具有「破壞性」的特徵，而這通常被歸因於個人的生物因素——青春期的影響、「狂飆的賀爾蒙」等等，而不是被認為是對社會限制的情緒反

¹⁹同前註，頁 103。

²⁰ 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》，第 186 期，頁 39-40。

應，或以理性的「政治」策略顛覆在地情境²¹。

關於少年的發展，在生理方面，青春期時性賀爾蒙開始密集活動，少年的骨骼快速發展、身高驟增，性器官也逐漸成熟並出現第二性徵，男生的性器官約在 13.5 歲至 17 歲之間發育完成，平均在 16 至 18 歲所射出的精液已足以受孕，女生的初經大約在 10.5 歲至 15.8 歲間，平均年齡為 12.9 歲，卵巢則大約在 16 歲發展完成²²，但這些數據是以歐美人種為主，並存有個別差異。

在心理方面，依照著名心理發展學家皮亞傑的認知發展論，他將個體發展分為四個階段：(1)、感覺動作期(約出生至 2 歲)；(2)、運思前期(約 2 至 7 歲)；(3)、具體運思期(約 7 至 11 歲)；(4)、形式運思期(約 11 歲以)。皮亞傑認為少年的認知發展約處於形式運思期，即能不再局限於具體的事務或問題，而是能夠運用抽象的、邏輯的思考方式去推理或判斷，並解決周遭問題²³。也就是說，少年的發展已經逐漸可以思考並預見未來、考慮各種可能性、以邏輯原則驗證事務。另外美國著名的心理發展學家艾爾肯(Elkind,1967,1985)提出少年自我中心的現象(adolescent egocentrism)，他認為這個現象存有兩個主要特徵：想像觀眾(imaginary audience)以及個人神話(personal fable)。前者指少年認為別人隨時隨地都在注意、批評他們，因此他們變得十分敏感、自我意識很強、在乎個人形象，然而實際上並不存有這樣的觀眾。後者是指少年相信自己是非常獨特的，是萬中選一、全能且不會受傷的，所以那些不幸的事情一定不會輪到自己，這樣的心態導致少年容易去從事冒險行為而不自知，例如喜歡開快車或飆車，並認為自己一定不會出車禍；不採安全性行為(如戴保險

²¹ WAITES MATTHEW, *THE AGE OF CONSENT: YOUNG PEOPLE, SEXUALITY AND CITIZENSHIP* 13 (2005).

²² 黃德祥(2007)，《青少年發展與輔導》，頁 172-173，臺北：五南。

²³ 同前註，頁 101。

套)，並認為自己（或伴侶）一定不會懷孕或得性病；吸毒或喝酒，並認為那些不良後果不會發生在自己身上，也不會上癮²⁴。

第二款 少年形象的社會評價

基本上西方社會是不信任少年的，不管是從心理發展的學術知識或是大眾流行文化來看，少年常被刻劃成叛逆、不道德、不成熟、不負責任等形象，成人對少年存有嚴重的負面刻板印象（negative stereotypes）²⁵。而在我國，當討論少年事件時媒體也不時以「屁孩」這類的負面詞彙描述少年，例如新北市警方逮捕六名少年持有毒品吸食案件，媒體的標題是：「租屋處變毒窟 6 屁孩吸毒遭逮²⁶」；或者是兩名 12、13 歲準備升國中的少年因為好玩而持空氣槍射擊驚嚇路人，遭依社維法送辦的事件，媒體的標題為：「暑假屁孩出籠！竟持空氣槍朝路人射 BB 彈²⁷」，而「屁孩」一詞也在網路世界中被廣泛使用，意指心智不成熟、自以為是的人，通常都會用於代稱少年，近年來尤其是參加宮廟活動、刺青的少年更被戲稱為「8+9」（八家將的閩南語諧音）、「8+9 屁孩」，帶有負面意味，反映出少年在許多網路文化裡被列為不受歡迎的族群，且此種不良印象會從行為不當的個別少年擴及到整個少年族群，例如「暑假到了屁孩特別多」的說法，描述暑假期間網路遊戲可能會增加很多「屁孩」、「雷隊友」、馬路會有很多「屁孩」亂騎車造成車禍等現象²⁸。

²⁴ 劉安彥、陳英豪（1999），《青年心理學》，頁 14-15，臺北：三民。

²⁵ 黃德祥，同前註 22，頁 36。

²⁶ 蘋果日報，網址：<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20170723/1167030/>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

²⁷ 自由時報，網址：<http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/2135473>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

²⁸ ETNES 播吧，網址：<http://boba.ettoday.net/video/1/284/45015/1>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

曾有學者分析成人對少年存有敵意的成因，諸如：少年使成人憶起不愉快的個人生活體驗；少年對成人的自我、安全與地位有所威脅，許多成人不願其權威或觀念受到挑戰；成人妒忌少年的年輕、流行與自在；成人害怕失去對少年的掌控等等²⁹。

性發展雖然是少年成長過程中相當重要的發展課題，但基於社會普遍對少年的不信任以及對性教育的禁忌及壓抑，常常使少年無法從正常管道取得正確的性知識，許多人認為對少年進行過於詳細的性教育只會鼓勵少年從事性活動，對少年有害無益，依照目前的社會氛圍，仍是不鼓勵少年探索自我情慾，且縱使要提供性教育，該提供何種內容的性教育依然是充滿爭議的³⁰。

再者，在目前以升學主義為重、學業成績至上的校園環境中，大部分學校均不鼓勵少年男女交往，多希望他們將心思放在課業上，但因為學校不能在檯面上明訂「禁止男女交往」的校規，因此多是以其他規定與手段，迂迴地規訓及管理學生的情慾，以達到禁愛／性的目的，例如在空間上隔開男女活動範圍、透過服儀規定來避免學生「招蜂引蝶」吸引異性、公開宣導男女間親密舉動「有礙觀瞻」，宣稱周邊居民抱怨學生「違反善良風俗」，對男女學生的親密行為進行道德批判等等，論者指出這些規訓手段除了出自於異性戀霸權之外，也讓少年認知到情慾的表達是見不得人的、不可浮出檯面的，同時也使成人陷於少年無情慾需求的迷思³¹。

²⁹黃德祥，同前註22，頁36。

³⁰「反對不適當性別教材進校園 家長團體：探索情慾入課程後患無窮」，刊於基督教論壇報，網址：<https://www.ct.org.tw/1296738#ixzz4nfKORBPf>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

³¹陳彥臻（2015），《青少年的情慾探索與學校規訓》，頁64-82，南華大學應用社會學系教育社會學碩士論文。

第三款 青少年的特殊性—易受傷害論

本款將青少年從「少年」群體中特別提出討論，係因為青少年的身份建構在年齡、性別、社會文化的三重不利之下，他們在年齡上被認為太小，不經世事，而且也因為性別因素，使得青少年在發展、人際互動上有其特殊性。

一、青少年在發展上的脆弱與迷亂

美國學者 Oberman 指出有大量研究可以幫助我們理解青少年在性情境下的脆弱，儘管很多研究顯示青少年在學業表現上能勝過男性，然而青少年在情緒發展上卻是十分艱難的，在 15 歲至 19 歲年紀間青少年憂鬱及焦慮的發生率不成比例地高，她們也比較可能得到厭食症與貪食症，且雖然青少年比較可能自殺，但青少年企圖自殺的比率比青少年高出兩倍³²。在我國也有類似的研究，例如董氏基金會 2015 年對高中女生做的問卷調查並回收有效資料 2,863 份，結果顯示，19.8% 的女性不喜歡自己³³。在另外一份調查則顯示大台北地區青少年約每 4 位就有 1 位有明顯憂鬱情緒，需專業協助，其比例高於青少年（男），2011 年的問卷結果中，青少年最大壓力源前五名是：課業考試成績不佳、父母對自己的期待、人際關係、身材外貌、自己的健康狀況³⁴。精神科醫師說明：「青少年受賀爾蒙影響，身體快速成長，情緒與個性也產生改變，這個年齡的

³² Oberman Michelle, *Regulating Consensual Sex with Minors: Defining a Role for Statutory Rape*, Buff. L. Rev. 48, 703, 714 (2000).

³³ 董氏基金會心理衛生中心歷年年度調：2016 年「525 我愛我活力青少年校園講座回饋單基本統計分析」，網址：<http://www.etmh.org/CustomPage/HtmlEditorPage.aspx?MId=1346&ML=3>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

³⁴ 董氏基金會心理衛生中心歷年年度調：2014 年「大台北地區青少年憂鬱情緒程度、壓力源及紓壓方式之調查結果」，網址：<http://www.etmh.org/CustomPage/HtmlEditorPage.aspx?MId=1346&ML=3>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

孩子容易對自己外表不滿意，而產生壓力與負面情緒，因此可能會表現出易怒，衝動性攻擊或叛逆行為。而青少女們與青少年一樣有同儕壓力、對外貌重視，但女生在個性上天性敏感、及生理上月經來潮的改變，可能因此讓她們的憂鬱問題相較明顯³⁵。」

青少女除了有她發展上的特殊性以外，在社會文化上也面臨著雙重標準，在美國雖然已經歷經數十年的性解放，例如安全避孕、合法流產，然而在性議題上，許多人仍然認為男人有豐富性經驗是一件光榮的事，然而女人在相同情境上卻會背負高度污名的「蕩婦」評價³⁶。在青少女階段，她們一方面渴望吸引異性目光、希望談戀愛、對異性好奇，另一方面又因為社會文化不鼓勵女人積極展現情慾，要求女性矜持、男性要主動，而性也不是一件能輕易啟齒、溝通的事情，因此青少女內心對性往往是迷惘、混亂的狀態，這樣的青少女對於能否作出有意義的同意？

二、對青少女「性同意能力」的質疑

Oberman 認為在強暴案件中常只問青少女是否「同意」為性行為，卻不管該「同意」背後的理由是否充滿問題，縱使青少女係出於「同意」而與他人為性行為，但她們同意性行為的原因卻遠遠超過性慾或愛，一些社會研究中從女孩口中說出關於自願性行為的故事，反映出希望與痛苦的辛酸潛台詞，她們渴望情感接觸、浪漫與尊重，但同時她們也經歷巨大的不安全感以及被貶低的自我意象，青少女意識到她們是（或必須是）慾望的客體，她們想要男朋友、一段關係或是一個人可以抱著她們、告訴她們是被渴望的，青少女透過性的方式

³⁵ 董氏基金會網站，網址：<http://www2.jtf.org.tw/psyche/525/about.php>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

³⁶ Oberman, *supra* note 32, at 715.

討價還價（bargain），以獲取這些情感需求的滿足³⁷。相較於成年女性同意性行為的動機可能是性慾、經濟因素、配偶義務或避免伴侶生氣，青少年在同意性行為上有個重大的區別，也就是青少年在其所引發的性協議（sexual bargains）中往往是單方面痛苦的，而成年人常常很難理解是什麼促使青少年同意，且由於青少年年紀關係所導致之天真、不安全性，以及男性在性方面的主動性，難以避免做出對青少年不利的性協議³⁸。

在許多案例中，青少年對於是否同意性行為呈現一種模稜兩可的態度，她們雖然不太喜歡這樣，但也無法強烈地說出不要，或者是只能保持沈默的被動配合，在筆者於工作中所接觸的妨害性自主案件青少年，有不少人會在事後「自我反省」地說：「其實我那時候不太想（發生性行為）啦，可是我也沒有說什麼，所以應該算我有同意吧。」或是在事後討論時，青少年才會緩緩說出當時「勉為其難同意」的動機，有可能是自身人格特質溫順甚至退縮，以至於她根本很難拒絕別人的要求，也有可能是為了討好男朋友、避免紛爭，居於被動地位的「他想要我就給啊」，或者是當時住在對方家、生活依賴對方，因此不好意思拒絕。

Oberman 對於青少年自願同意十分懷疑，並在舉出一些案例說明這種同意在判斷上的困難與灰色地帶，其中一個案例（State v. Jason B.）或許與本文的主題兩小無猜有相似性可供參考，因此翻譯如下：「被害人（女）和被告（男）都是高中生，14 歲的被害人是學校足球隊的經理，16 歲的被告是一名足球運動員。1994 年 9 月 21 日，被害人參加了足球練習，並履行了慣常的職責。在練習結束時，被告開車送被害人回家，同時被告也同意將另一名足球隊的球員送

³⁷ Oberman, *supra* note 32, at 713-714.

³⁸ Oberman, *supra* note 32, at 713-714.

回他家。在被告開車到送另一名球員回家的期間，被告和另一位球員對被害人的乳房做了一些評論。被告還表示，他傾向讓被害人幫他進行口交。就在另一位球員回到家下車後，被告開車一會兒，最後進入公墓車道。他開車去公墓的後方並停下車。他和被害人親吻了一會兒，然後解開他的褲子。被害人在審判時作證說，被告強迫她為其口交，但初審法院認定，檢方無法證明在強制要素的主張已超越合理懷疑。」Oberman 分別從被告以及被害人的角度分析這個故事，對被告而言，他們的往來是依照同儕間不成文的規則進行的，他比被害人大兩歲、是學長、足球員以及球隊經理的關係，他或許相信在這種背景下，這個年輕女孩會注意到他（對他有意思），被害人也讓他開車送她回家、也聽到他與另一名隊友在討論性方面的事情，她應該明白他對她有「性」趣。之後他不是開車回家，而是去找一個隱蔽、可以停車的地方，他們開始接吻，過程中她都沒有抱怨，當他解開褲子，她也沒說什麼，所以就被告的角度來說，似乎真的是一個完全你情我願的經驗。然而從被害人的角度來看，這個經驗顯然是非常不同的。當兩個比她大的男孩在車裡討論她的乳房時，或許她已經感到極度不舒服，若不保持沈默，會不會讓她被進一步羞辱？當被告開車並不是把她直接帶回家時，被害人的心裡可能想到什麼？她可能想與他發展浪漫的關係。畢竟，他作為一名學長和足球運動員的身份可能對她有吸引力。所以，也許她希望他們會在某個地方停下來說話，互相認識。另一方面，她可能因為被告剛剛對隊友宣告的計畫（口交）感到害怕而沈默了，一旦被告要求身體上的接觸，被害人必然會表示同意，因為她很可能被「凍結」於恐懼之中³⁹。

³⁹ Oberman, *supra* note 32, at 714.

另外以下這則我國的實務判決，也能觀察到青少年在性行為中所表達的「意願」如何模糊不清，以及法院如何判斷這種半推半就態度是否屬於違法被害人意願的強制性交行為。

節錄臺灣臺北地方法院刑事判決 103 年度侵訴字第 32 號：「.....(前略)...然經本院審理時進一步詢明證人 A 女所稱第二次與被告性交之過程，則證人當時是半推半就的，因為當天伊並沒有預期或希望和被告發生性行為，但是沒有很明確的向被告表示內心的想法。當天好像是被告打電話問要不要去賓館找他，後來伊有去，因為伊有淋雨就在賓館裡面洗澡，洗完澡吹頭髮後，被告叫伊坐在旁邊，之後把伊壓在床上，伊感覺被告要發生關係，但因為伊與被告只是剛認識沒多久，跟被告的互動，可以接受抱抱的程度，被告把伊壓住，程度超過抱抱，伊覺得被告應該先尊重伊的決定，或是問伊可不可以，但被告沒有問，所以一開始伊有反抗，在被告脫伊衣服時，伊有把衣服拉回來，或用棉被蓋起來，在被告將伊腿撥開生殖器碰觸到伊生殖器時，被告有撕保險套，伊起身又被壓回床上，伊有出力做雙腿合起來的動作，然後被告把伊雙腿打開，伊試圖再把雙腿合起來，被告又將伊雙腿打開，之後伊就沒有再反抗，就發生關係，在被告生殖器進入伊生殖器之前，伊是不願意的，之後就願意了，因為都已經發生了，也沒有說非常願意，在這之前被告有親伊嘴巴跟脖子，他一開始親時伊不願意，被告親脖子伊不願意，親嘴巴伊是願意的，但親嘴巴時，被告沒有問過伊，所以伊的臉色很臭等語。依證人 A 女所述，其固在被告於上述時、地，對其為以陰莖插入陰道內為性交行為前有些許不配合被告之舉動，然在過程中雖願意讓被告親吻其嘴巴，而不願意讓被告親吻其脖子，但在互動上並無明顯差別，其亦未有明確表達個人不願意發生性行為之舉動，且最後在不反對之情形下而與被告進行性交行為，客觀行為與一般女子矜持之態度並無大

異，則證人 A 女所稱其以手拉回自己衣服或被告以身體壓住或將其併攏之雙腿打開以生殖器進入伊下體云云，應僅係單純之性交過程，並非指被告以身體之壓制逼迫就範而對其為性交之意，姑不論證人 A 女內心之轉折為何，其客觀上顯現於外在之行止，已難認被告係違反其之意願，而對其為上述之性交及猥褻行為，或被告有足以壓制證人 A 女反對意思表達之行為等情狀，尚難遽認被告係在明知證人 A 女不同意之情形下，仍以強暴或其他違反證人 A 女意願之強制方式對之為性交行為。」

從該案件中，A 女沒有明確的表達拒絕，且從外觀行為上，A 女的舉動也無法讓行為人理解她的非自願性，法官更使用了「與一般女子矜持態度無異」這樣的形容，恰也反映了女性在社會文化中被認為是性的客體，不允許展現自主情慾而導致之結果。最後法院認定不成立刑法第 221 條強制性交罪，而是以第 227 條第 1 項認定行為人對於未滿十四歲之女子為性交，共成立伍罪，各處有期徒刑壹年捌月，應執行有期徒刑貳年陸月。

回到將「與兒童及少年合意性行為」犯罪化的理由，有些女性主義者認為基於青少年的易受傷害性而言，是為了避免軟弱無知的青少年受害，賦予了國家介入保障其性行為的正當性，因為這些青少年不能意識到其對性活動的「自願參與」這種做重大決定的判斷能力，其實被「錯誤意識」所削弱，因為青少年未察覺到其內化的性別壓迫、剝削與社會壓力，尤其在青春期階段，內在恐懼/混亂、發展自我身體意象與認同、對異性關注的渴望，使得青少年出於錯誤且愚蠢的原因而同意性行為，使青少年特別容易受到性暴力，因此國家有責任保護這些青少年倖免於性剝削⁴⁰。

⁴⁰ Goodwin Michele, *Law's Limit: Regulating Statutory Rape Law*, Wis. L. Rev. 481,514 (2013).

第三項 性之於少年的發展及影響

第一款 我國少年性行為統計與研究

教育部於 2008 年曾委託晏涵文等學者針對臺灣國小、國中、高中職學校性教育成果進行調查研究，該研究以國小畢業學生 2449 人、國中畢業學生 2627 人與高中職三年級學生 2528 人為樣本，總計 7604 人。研究發現，國小畢業生有 24.2% 曾與異性談過戀愛，國中畢業生則是 41.4%，高三學生為 55.9%，隨著年紀遞增，而國中畢業生與高三學生則分別有 5% 以及 10% 曾經與異性發生性行為⁴¹。

少年發生性行為的年齡逐年下降、人數逐年增加，這樣的統計數據在刑事政策上有什麼樣的意義？以國中畢業生為例，國中畢業生的年齡大約在 15 歲左右，若與之發生性行為即會觸犯刑法第 227 條，若以 5% 國中畢業生曾發生性行為估算，2015 年我國國中畢業生人數為 265996 人，5% 即約略有 13300 人未滿 16 歲即有性經驗，也代表可能有這麼多的人觸犯刑法妨害性自主罪章中的第 227 條（在每人與之發生一次性行為且不重複的前提下）。然而依據 2015 年司法院的統計資料，地方法院刑事第一審案件裁判結果，觸犯妨害性自主罪有 1855 人，其中強制性交猥褻占 1830 人、強制性交猥褻之殺人或重傷害有 6 人、其他僅有 19 人⁴²。另外，地方法院少年及兒童交付保護處分事件觸法（或有觸法之虞）行為中，觸犯妨害性自主罪者有 864 人，在地方法院少年刑事案件裁判結果的部分，觸犯妨害性自主罪的人數是 57 人⁴³。從司法院的統計資料

⁴¹ 晏涵文、劉潔心、李思賢、馮嘉玉（2009），〈臺灣國小、國中、高中職學校性教育成果調查研究〉，《臺灣性學學刊》，第 15 卷第 2 期，頁 65-80。

⁴² 民國 104 年（2015）司法統計年報，69.地方法院刑事第一審案件裁判結果—按罪名別分，<http://www.judicial.gov.tw/juds/>（最後瀏覽日期：2018/03/22）

⁴³ 民國 104 年（2015）司法統計年報，103.地方法院少年刑事案件裁判結果—按罪名別分、

中，我們雖然無法確切知道每年觸犯刑法第 227 條的人數比例，但從觸犯妨害性自主罪章的總數來看，它也遠遠不及我們上面推估的 16 歲前即有性行為的人數，由此可知此類案件的犯罪黑數龐大，而且如果與未滿 16 歲之人發生性行為者全部受到司法追訴，則整個刑事司法體系勢必也無法消化。因此，在實際的執行層面而言，如果少年發生性行為的年齡持續下降、人數持續上升，則我們的刑事政策必須重新檢討犯罪化的年齡標準，甚至，進一步的思考犯罪化是不是一個適合的處理方式。

第二款 性行為對於少年的可能影響

幾歲開始談戀愛是合適的？每個人的標準或許不同，然而當少年開始對戀愛有所憧憬時，反對的意見認為太早的約會可能較容易使他們忽略深層關係建立的重要性，易流於膚淺的對話、受到性吸引支配，同時也可能降低與同儕的相處機會，若約會受到拒絕，亦可能使異性關係破裂，並反向排斥異性，若有過多的受挫的經驗，容易使感情過於膚淺，無法與他人建立長久及穩定的關係，但另一方面，持正面觀點的意見則認為適當的約會可以提供少年與異性建立友誼的機會，進而發展與異性交往的社會與人際技巧，約會的過程也能增進性別角色的認同、探索兩性的差異與適配性，建立兩性相處的界線，並為未來的家庭與婚姻做準備⁴⁴。少年在持續交往一段時間後，多會以愛撫的行為表達愛意，愛撫包括接吻、擁抱、用手刺激身體及器官等等，在美國 1986 年的研究中美國少年有超過 70% 曾有過深度愛撫的經驗，西方有論者認為愛撫可以讓少

118. 地方法院少年及兒童交付保護處分事件行為態樣一按年及行為別分，

<http://www.judicial.gov.tw/juds/>（最後瀏覽日期：2018/03/22）

⁴⁴劉玉玲（2005），《青少年發展—危機與轉機》，頁 83，臺北：揚智文化。

年在免於懷孕的情況下紓解性慾與焦慮，但東方對愛撫行為的容忍度較低，少年可能因此有較多的焦慮與罪惡感，反對者也認為過於激情的愛撫動作可能擦槍走火，進而發生實際的性行為⁴⁵。

少年若發生性行為會對其本身產生什麼樣的影響？本文搜尋我國性學、教育、醫療衛生領域的相關期刊論文，發現關於少年性行為的研究，大多會連結至性行為進一步所導致的未婚懷孕（小爸媽）、性病與愛滋病傳染等問題⁴⁶，茲將相關議題的重點分述如下：

一、未婚懷孕的議題

青少年一旦懷孕，其在個人生理、心理以及教育、社會等層面均會受到影響，作為小爸媽也將面臨諸多挑戰，例如：

- （一）、生理方面：青少年可能因為害怕告知家人，故拖延未去產檢、忽略衛教資訊，甚至尋求密醫造成自己與胎兒之危險。另外青少年懷孕常面臨營養不良、產前照顧品質欠佳等問題，且在生產時出現併發症、嬰兒早產的比率亦高於成年婦女⁴⁷。依據衛生福利部國民健康署的資料，我國 15-19 歲未成年青少年生育率在 2014 年為 4.13 %，新生兒數仍有 3,109 人，其中早產比率為 10.04%、低體重比率

⁴⁵同前註，頁 84。

⁴⁶ 國內對少年的性行為相關研究以「未婚懷孕」議題為大宗，諸如：翟宗悌（2005），〈學校的新挑戰：青少年懷孕的預防與處理——我們準備好了嗎？〉，《學生輔導季刊》，第 99 期，頁 52-61。謝佩娟（2009），〈青少年懷孕問題分析及其因應策略〉，《2009 年南臺灣社會發展學術研討會論文集》，頁 369-384。汪淑娟（2012），〈青少年生育，有什麼問題？〉，《臺灣醫學人文學刊》，第 13 卷第 1、2 期，頁 141-156。其他關於「未婚懷孕」的更多研究可參考：衛生福利部反性別暴力資源網，

http://tagv.mohw.gov.tw/TAGV12_3.aspx?PK_ID=360&FPK=564（最後瀏覽日期：2018/01/12）

⁴⁷李德芬、周才忠、林美珍、陳嘉鳳（2004），〈青少年懷孕對其生理、心理社會之衝擊〉，《臺灣性學學刊》，第 10 卷第 2 期，頁 98-99。

11.45%、死產比率 2.28%，明顯高於全國平均值之 8.94%（早產）、8.53%（低體重）及 1.17%（死產），顯示未滿 20 歲青少年生產較易早產、生出低體重兒及有較高的死產率⁴⁸。

（二）、心理方面：青少年非預期性懷孕時所承受的心理衝擊較大，除了在重視外表的青春期又需面對因懷孕產生的身體巨大變化外，青少年也面臨中止妊娠與否的抉擇，若選擇流產，青少年通常會產生數月或數年的罪惡感，若選擇生下小孩，則需擔憂日後的照護、身分調適等問題，使得青少年懷孕的壓力指數高於成年產婦⁴⁹。

（三）、社會方面：青少年懷孕後可能導致學業中輟，小爸爸也可能為了養家而不得已放棄學業，又因缺乏學經歷，容易產生就業困難或僅能從事低技術及低薪產業之問題，造成經濟困窘，若欠缺支持系統，其生涯發展將受不良影響，同時也可能遭受異樣眼光，影響其自我認同與社經地位⁵⁰。

（四）、其他方面：單親小媽媽或小爸媽的問題經常會影響下一代，由於自身條件不佳、婚姻不穩定，大多數的單親小媽媽或小爸媽較難提供孩子健康的成長環境，同時也需要長時間工作來養育小孩，因而難以兼顧照顧孩子的品質，進而衍生疏忽兒童或虐待兒童的情形⁵¹。

⁴⁸衛生福利部國民健康署，

<http://health99.hpa.gov.tw/txt/HealthyHeadLineZone/HealthyHeadlineDetail.aspx?TopIdNo=7423>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

⁴⁹李德芬、周才忠、林美珍、陳嘉鳳，同前註 47，頁 99-100。

⁵⁰李德芬、周才忠、林美珍、陳嘉鳳，同前註 47，頁 100-103。

⁵¹李德芬、周才忠、林美珍、陳嘉鳳，同前註 47，頁 102。例如新竹曾發生小爸媽（女 14 歲、男 17 歲）在 2012 年奉子成婚後，兩人育有一子一女，小爸媽都在網咖打工，經濟拮据，2015 年小爸媽吵架後，小爸爸離家出走，小媽媽則也外出和閨蜜逛街，將子女留給吸毒的 33 歲舅公

二、性傳染病的議題

依據衛生福利部疾病管制署 2017 年的數據顯示，青少年罹患性病的比例逐年攀高，其中淋病最為明顯，2012 年至 2016 年共五年的時間，15-19 歲青少年每年被診斷出淋病的人數分別為 137 人、204 人、221 人、315 人、380 人，若將 2012 年與 2016 年數據相比，感染人數幾乎成長了三倍，而 15-19 歲青少年每年被診斷出愛滋病者，多在 90 人至 100 人之間，每年被診斷出梅毒者則在 100 人至 150 人間，都未有下降的趨勢⁵²。具醫療背景的論者指出，兒童與青少年的身心尚未發展成熟，因此被感染性傳染病的風險高，一是生理上青少年的生殖器官並未完全成熟，其舉例說明：「青少女子宮頸保護細胞（transformation zone）只有一層，需要到 20 歲才會發展出成熟的 30 層保護細胞，也使得青少年一旦發生不安全性行為，大幅度增加了罹患性病的機會。」，而且縱然於性交過程中使用保險套，在預防體液傳染的愛滋病上可達到 80% 以上防護效果，但性病共有 20 幾種，對於致病源生長於皮膚或毛髮上者，保險套則無法完全覆蓋，也導致防護效果降低，例如對淋病就僅有 51-62% 的防護效果⁵³。再者，論者也指出青少年在社會心理方面，心智尚未發展成熟，在有心人士利誘下，可能因權力不對等、不清楚如何說不的情況下，輕易與成年人發生性行為，而這些有心人士往往也有可能是性病的帶原者，另外青少年易憑感覺行事，不考慮後果，因此在同儕壓力、充滿

照顧，導致子女被舅公餓死、虐打的慘案。14 歲生子！小爸媽會生不會養，華視新聞網，<http://news.cts.com.tw/cts/general/201507/201507151636765.html#.WiexYLT1V-U>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

⁵²趙國玉、翁嘉穗（2017），青少年性傳染病照護與預防，全聯護訊通訊學分專業課程，<http://www.nurse.org.tw/NurseMagazine/MagazineList.aspx>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

⁵³趙國玉（2017），國中小性教育應列入不會得到性傳染病的方法！，刊於蘋果日報即時論壇，<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20170120/1039427/>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

誘惑的環境氛圍下，亦容易產生不安全的性行為，進而增加感染性病的風險⁵⁴。根據世界衛生組織的統計資料，全球每年約新增三億三千三百萬感染性病的個案，其中感染性病的比例，以 20 至 24 歲的族群最高，15 至 19 歲的族群次之，也證明了青少年族群相對容易暴露於性傳染病的風險中，而如何提升青少年的健康照護品質，也是目前亟需醫學、教育、法律專家共同研議對策的議題⁵⁵。

第三款 國家基於少年的利益而干預其性行為

一、少年的性具有相當的風險及顧慮

從上述的論述脈絡中，可以得知少年的性議題是相當複雜的，性行為會對於少年的心理發展產生怎麼樣的影響？它可能與少年發生性行為時的年齡、對象、過程、事後外界的反應有關，由於變因太多、個人的反應不同，所以我們無法確切界定其影響程度或範圍。

然而少年性發展的相關文獻研究大多聚焦於性對於少年帶來的風險因子與負面影響，美國少年醫學領域的 Fortenberry 教授指出，少年性發展的許多觀點受到限制，大部分研究都主要集中在異性戀的性行為，以及將少年性發展「問題化」，例如：性活動與藥物濫用以及其他危害健康的行為的關聯；避孕藥、避孕工具的使用；性傳播感染，包括那些由於人體免疫缺陷病毒（HIV）引起的感染；和懷孕。其他在少年性行為研究中較不具主導性，但仍經常被提及的主題還包括性脅迫（sexual coercion）、非性交（non-coital）性行為（例如

⁵⁴趙國玉、翁嘉穗，同前註 52。

⁵⁵ 李欣純（2011），〈從各國臨床指引談青少年的性病檢測相關重要議題〉，《愛之關懷季刊》，第 76 期，頁 20-31。

口交或肛交)，以及「含有露骨性愛場面的媒體」(sexually explicit media)的暴露和使用、同性性行為。這些將性發展問題化的相關數據通常用於證明政策、公共衛生和旨在抑制少年性行為的臨床干預措施⁵⁶。在相關研究與政策的交互作用下，懷孕、性病等所衍生的問題使得少年的性不只是「性自由」、「性自主」、「自然情慾的流動」那麼的簡單，相反地，少年的性存在相當的風險與顧慮，為了顧全少年的利益，國家有干預其性活動的必要。

二、國家干預少年性行為的方式——刑罰、教育與公衛

我國在少年性行為的干預上，以刑法畫出絕對禁止的年齡界限，也就是依據刑法第 227 條，與未滿 16 歲的人發生性行為者將負擔刑事責任，這樣的法律規定同時也宣示了 16 歲以下之人不應該進行性活動。在國外也多有「同意年齡」(age of consent)的立法，禁止與低於一定年齡的兒童及少年發生性行為。

除了透過刑罰的宣示與禁止外，國家介入兒童及少年性行為的方式還包括教育與公共衛生政策。在教育方面，依據我國性別平等教育法第 17 條規定：「I、學校之課程設置及活動設計，應鼓勵學生發揮潛能，不得因性別而有差別待遇。II、國民中小學除應將性別平等教育融入課程外，每學期應實施性別平等教育相關課程或活動至少四小時。III、高級中等學校及專科學校五年制前三年應將性別平等教育融入課程。IV、大專校院應廣開性別研究相關課程。V、學校應發展符合性別平等之課程規劃與評量方式。」另依據性別平等教育法施行細則第 13 條規定：「本法第十七條第二項所定性別平等教

⁵⁶ Fortenberry, J. D, *Sexual Development in Adolescents*, In Handbook of Child and Adolescent Sexuality 171, 171 (2013).

育相關課程，應涵蓋情感教育、性教育、同志教育等課程，以提昇學生之性別平等意識。」也就是說，兒童及少年不單需要性教育，而且國家也有義務提供性教育給國中小學生，然而「性教育教什麼？」這裡所謂的性教育是「禁慾教育」或「全面開放式性教育」？這依然是充滿爭議的，例如台灣性別平等教育協會所製作的「青春水漾」性教育教材曾被質疑是「鼓吹兒童及少年進行性探索」而引發軒然大波⁵⁷，另外也有高雄的小學老師因為在課堂上教導保險套的使用而遭提告妨礙風化⁵⁸，各團體對性教育的相關思辨與角力都仍在如火如荼的進行中。

在公衛方面，衛生福利部國民健康署成立名為「性福E學園」的青少年網站，對青少年提供：認識青春期、生殖健康、人際與親密關係、身體自主權、媒體與色情、青少年親善門診、健康服務及諮詢資源等資訊，同時也針對家長給予親子溝通、家庭性教育、親職性教育等資源，讓家長能夠協助孩子順利度過青春期的，針對教師則提供國小、國中、高中職性教育教材，讓教師能夠對學生進行性教育，該網站目的在於提供青少年、家長及教師正確性知識資訊及教材查詢，並以 QA 方式由專業人員依民眾提問給予回復⁵⁹。

另外，因為青少年在尋求醫療資源時，往往有以下特質與困擾：1、青少年對於抽象問題或事物之理解與表達能力較差；2、青少年難以像成年人一樣能在短時間內與人建立社交關係；3、青少年較為害羞或不願表達有關情感、思想、身心發展或性方面的問題；4、青少年對醫師存有權威、用字艱

⁵⁷ 謝莉君，〈《青春水漾》，性教育掀波瀾〉，載於網氏／岡市女性電子報，
，<http://bongchhi.frontier.org.tw/archives/23622>（最後瀏覽日期：2018/03/03）。

⁵⁸ 關鍵評論網，〈國小老師教性教育卻被反同團體提告 教育局：律師費我出〉，載於：
<https://www.thenewslens.com/article/75443>（最後瀏覽日期：2018/03/03）

⁵⁹ 性福E學園網站，<https://young.hpa.gov.tw/index/>（最後瀏覽日期：2018/03/03）

深、嚴肅無幽默感等刻板的印象，容易認為醫生的立場會和父母相同；5、許多青少年係在父母或師長的壓力下就醫，因此在態度上有排斥、抗拒感。而現行的健康服務體系也存有對部份青少年問題及發展缺乏瞭解、無法顧及青少年的隱私權與信任感、涉及法律或宗教文化限制、就醫高成本或時間與距離過遠等因素，而無法提供青少年適切的服務⁶⁰。大多數的已開發或開發中國家，在面對青少年於青春期的性行為、懷孕、人工流產等問題時，社會普遍仍存著驚訝、惶恐、無法接受的態度，導致青少年就醫更加不易，無法獲得適切的保健或生育服務，因此為了維護青少年族群的身心健康，世界衛生組織（WHO）在 2001 年經日內瓦專家會議討論決議訂定「親善的青少年健康照護」計畫，希望提供成功的、設備完善的、適當的、綜合性的、高效率的健康服務⁶¹。在 2005 年衛福部也根據 WHO 的標準推動名為「Teens' 幸福 9 號」的青少年親善門診服務，落實對青少年的全人醫療照顧。

從以上的說明可以發現，國家教育與公衛部門對於兒童及少年性議題的介入相當彈性與多元，對青少年的年齡定義較廣泛，依性別平等教育法規定，對國小國中（約 7 歲至 15 歲）學生都應提供涵蓋性教育的性別平等教育，到了高中職、大學（約 16 歲至 22 歲）學校也都應該在課程中融合性別平等教育或開設性別課程，而世界衛生組織則將青少年期的年齡定在 10 歲至 19 歲間，並認為青少年不同於年幼的兒童或年長的成人，他們無法完全理解一些複雜的概念，或是清楚判斷行為與後果間的關聯，同時也無法完全理解

⁶⁰ 詹其峰（2013），〈親善的青少年健康服務〉，《臺灣醫學》，第 17 卷第 2 期，頁 180-181。

⁶¹ 曾德運、許智芬（2005），〈赴香港及日本觀摩訪察青少年生育保健親善門診〉，載於公務出國報告資訊網：http://report.nat.gov.tw/ReportFront/report_detail.aspx?sysId=C09404784（最後瀏覽日期：2018/03/03）。

其健康決策所伴隨的影響，包含對性行為的相關決定，這種能力的欠缺使得他們特別容易成為性剝削的受害者或是出現高風險行為⁶²。

不管是教育或公衛部門所提供的知識或教材，大多會在身體自主權、身體界線的概念中強調法律的規定（尤其是刑法第 227 條），特別提醒兒童及少年性行為並不是「我喜歡就可以」，而是在法律的規範下，任何人只要與未滿 16 歲的人發生性行為，縱使雙方合意仍是觸法行為。但較為可惜的是，大多數的教材或宣導品僅會提及法律條文，並表示這是為了保護兒童及少年所設，但較少提到「為什麼法律這樣規定可以保護兒童及少年？」、「為什麼 16 歲以下絕對不行？」而且如果有兒童及少年違反了這項規定，教育與公衛體系雖然仍會提供輔導教育與醫療服務，但同時法律也賦予了相關工作者通報責任，啟動以「性犯罪」為核心的相關處理流程。本文以下即將說明干預兒童及少年性行為的刑事法律從何而來、如何演變為今日的現行法。

第二節 對兒童及少年性行為的刑事規範

第一項 從懲罰風俗犯罪到保障性自主權

第一款 1999 年修法前「準強姦罪」立法脈絡

我國規範與兒童及少年合意性行為的刑事法律，可追溯至大清新刑律草案的第 23 章「姦非及重婚之罪」中第 247 條強姦罪規定：「凡用暴行脅迫或用藥及催眠術並其餘方法，至使不能抗拒而姦淫婦女者，為強姦罪，處二等以上有期徒刑。姦未滿十二歲之幼女者以強姦論。」所謂的「姦非」指的是非夫妻關係的男女性交行為，反映出當時反映出當時中國重視

⁶² 世界衛生組織，http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/zh/（最後瀏覽日期：2018/03/03）

倫常與宗法禮教的觀念⁶³。

而民國 17 年（1928 年）3 月 10 日之舊刑法，則以過去章名無法包舉各種猥褻行為為由，將該章改為第 15 章「妨害風化罪」，並另將其他重婚、有夫姦等罪，以侵害法益不同為由，另定第 16 章「妨害婚姻及家庭罪」。之所以規範妨害風化之犯罪，係認為人有情慾是天性，但文明社會需仰賴道德文明社會需仰賴到得以維持風化，因此若個人性慾生活傷風敗俗，刑法就必須加以介入，以「正人心而匡風俗」⁶⁴。舊刑法第 240 條強姦罪之規定改為：「對於婦女以強暴脅迫藥劑催眠術或他法至使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪，處七年以上有期徒刑。姦淫未滿十六歲之女子，以強姦論。兩人以上共同輪姦而犯前兩項之罪者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。犯強姦罪因而致被害人於死者，處死刑或無期徒刑；致重傷者，處無期徒刑。犯強姦罪而故意殺被害人者，處死刑。第一項及所謂的「第二項之未遂罪罰之」⁶⁵。」

民國 24 年（1935 年）的刑法舊第 240 條因項目過多，故修改分項，但強姦罪仍規範於第 16 章「妨害風化罪」中，變更為第 221 條：「I、對婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪，處五年以上有期徒刑。II、姦淫為未滿十四歲之女子，以強姦論。III、前二項之未遂犯罰之。」第 221 條第 2 項即為準強姦罪。另外在第 227 條規定姦淫幼女罪：「I、姦淫十四歲以上未滿十六歲之女子者，處一年以上、七年以下有期徒刑。II、對於十四歲以上未滿十六歲之男女為

⁶³許福生（2011），〈百年刑法妨害性自主罪之變革〉，《警政論叢》，第 11 期，頁 54。

⁶⁴劉清景（1996），《刑法分則（上冊）》，頁 530，臺北：學知。

⁶⁵許福生，同前註 63，頁 54。

猥褻之行為者，處五年以下有期徒刑。」，而第 226 條則規定刑法第 221 條至第 230 條之罪，須告訴乃論。

準強姦罪的構成要件為：（一）、被害客體限定為未滿十四歲的未婚女子⁶⁶，是否為良家婦女則非所問。（二）、有姦淫行為，此行為不以得被害人同意為要件，只要非使用強制手段，至被害人不能抗拒之情形下，即足當之⁶⁷。然而準強姦罪是否以行為人主觀上認識其行為客體為未滿十四歲之女子為必要？關於此爭議，肯定說認為——行為人除主觀上具備姦淫之故意外，尚須認識被害人未滿十六歲，但不以明知為必要，倘若具不確定故意仍該當本罪。否定說則認為——本罪目的在於對發育未臻成熟之女子予以周全保護，避免其身體或心理受到傷害，因此只要被姦女子實際上未滿十四歲即為已足，行為人不得以該女子發育良好、外表超過實際年齡為由，阻卻犯罪⁶⁸。

從上述立法沿革，可看出行為客體的年齡界限在十二歲、十四歲、十六歲間飄移，其中民國 24 年（1935 年）刑法，明確區分出第 221 條後段「準強姦罪」以及第 227 條「姦淫未滿十六歲女子罪」的年齡界限，究其立法考量，準強姦罪本質上屬於和姦行為，但未達一定年齡之女子，智識

⁶⁶ 院字第一二八二號（三）：（舊）刑法第二百四十條第二項，係姦淫未滿十六歲之女子，若為已婚之婦，則不成立該條之罪。二一年上字第一三六六號：刑法第二百四十條第二項所稱以強姦論，係指姦淫未滿十六歲之女子而言，其姦淫未滿十六歲之有夫之婦，則應成立刑法第二百五十六條之罪（通姦罪）。

⁶⁷ 最高法院刑事判例五十年臺上字第一〇九二號：刑法第二百二十一條第二項所以規定姦淫未滿十四歲之女子以強姦論者，係因本非強姦，祇以年齡過幼，發育未臻完全，法律予以特殊保護，遂以強姦論，倘實施姦淫時，其手段係用強暴脅迫至使不能抗拒，縱被害人年齡未滿十四歲，因其行為屬於強姦，應依該條第一項處斷，不能適用同條第二項論科。

⁶⁸ 劉清景，同前註 64，頁 531。

淺薄、尚未發育完全，對性交行為欠缺理解能力，因此在刑法特設懲罰，以資保護。舊刑法改變暫行新刑律之同意能力年齡界限的標準，將準強姦罪之年齡界限從未滿十二歲提高至未滿十六歲，一則失之於寬，一則失之於嚴，當時學者認為民國 24 年刑法將準強姦罪之界限改為十四歲，配合刑事責任年齡，較為折衷允當，而稱「以強姦論」指得是本質並非強姦，但在法律效果上擬制為與強姦同論同科⁶⁹。另外在刑法第 227 條另成立姦淫幼女罪，處以較輕之刑，目的在於不使人誤解：「姦淫十四歲以上未滿十六歲之女子者不為罪」，而至使妨害風化事件日益增高，因此特設本條以為過渡，然而在第 227 條之情形，此一階段女子畢竟比未滿十四歲之女子有所增長，故處以較輕之刑，以調和舊刑法之規定⁷⁰。

學者韓忠謨認為準強姦罪的立意在於：「按女子未滿十四歲，其生理發育未臻成熟，對性行為尚無同意能力，若與之姦淫，匪特傷風敗俗，且嚴重妨害其性格成長，故法律規定與強姦同視，嚴其懲罰，以保護幼年人之福利。茲之所謂姦淫，應不包括強姦在內。亦即姦淫非出於強制手段，而被害女子之年齡又未滿十四歲者，始與本罪構成要件相當⁷¹」。至於姦淫未滿十六歲女子罪之立法意旨乃因：「未滿十四歲之女子發育未全，智識未允，故對侵害人加重其刑責，以資保護。然幼年人之身體智力，係逐漸發育，非過此年齡，即驟臻健全，在過渡期中，猶有酌加保護之必要。因此刑法對於姦淫十四歲以上未滿十六歲之女子者，雖非出於強制，仍列為犯罪之一型態，而予以處罰。如此規定實與前開準強姦罪之法意相一貫

⁶⁹王振興（1994），《刑法分則實用》，頁 408-409，臺北：自版。

⁷⁰周治平（1972），《刑法各論》，頁 451。俞承修（1956），《刑法分則釋義》，頁 554。以上轉引自許福生，同前註 63。

⁷¹韓忠謨（1982），《刑法各論》，頁 258，臺北：自版。

72。」

在此立法脈絡中，我們可以發現「姦淫幼女」這樣的行為是「傷風敗俗」的，雖然立法理由中也有提到要保障智識不足、身心尚未成熟的幼女，然而和姦「已結婚」的幼女卻不成立本罪，甚至有學者提出的解釋是已經正式結婚者，則表示其已有正常性行為之能力、已有性交之能力與經驗，自不能成為本罪的被害客體，也無予以保護之必要⁷³。從此處可以發現刑法要保障社會風俗道德更甚於幼女的身心健康，否則客觀上而言，幼女應該不會因為結了婚就在性行為能力上一夕成熟，這也和當時的時代背景仍是父權至上，強調女性的貞節與操守有關。

第二款 1999 年修法後「妨害性自主罪」修正重點

民國 88 年（1999 年）刑法針對性犯罪有大篇幅的修正，究其當時修法的契機，大部分均會提到彭婉如案。民國 85 年（1996 年）12 月 1 日，長期為婦女權益奔走的民進黨婦女發展部主任彭婉如女士在高雄搭計程車時遭到性侵並殘忍殺害，社會各界除了震驚並表達不捨外，紛紛以此案呼籲政府「疼惜台灣婦女之安全處境」、「架構一張完整的婦女保護網」、「落實性侵害防治，保障婦女權益」⁷⁴，而婦女新知基金會、勵馨基金會、臺北市晚晴婦女協會等三十多個婦女團體組成之全國婦女連線也發起「1221 女權火照夜路大遊行」⁷⁵，婦

⁷²同前註，頁 265。

⁷³ 褚劍鴻（2004），《刑法分則釋論上冊》，頁 677、679，臺北：臺灣商務印書館。

⁷⁴ 參考立法院國會圖書館收錄民國 85 年至 88 年之社論、專家評論、座談會等資料編輯而成「第 69 輯 婦幼安全」之立法報章資料專輯。

⁷⁵ 該遊行也起因於民眾長期對國內治安和婦女人身安全欠缺的不滿，且醞釀在當年多件未被偵破的刑案後又發生彭婉如命案，此事件大大地（在符號上）挫折了臺灣婦運，也激起相關性別

女安全的議題受到高度重視，立法院在社會壓力下，於民國 85 年（1996 年）12 月 31 日三讀通過「性侵害犯罪防治法」，而立法院全體女性委員則共同提出修正刑法保安處分、妨害風化罪、妨害自由罪章，及增訂妨害性自主罪章等「刑法部分條文修正草案」，並於 88 年（1999 年）3 月 30 日正式三讀通過，於同年 4 月 21 日正式公布實施。

刑法修正重點在於將第 16 章章名修正為「妨害性自主罪」，收錄原刑法妨害風化罪章第 221 條至第 229 條之規範，而第 230 條以後較為典型妨害風化之行為則另增訂第 16 章之 1「妨害風化罪」，做出性質差異的目的是避免用貞操或名節的觀點來質疑被害人違背了善良風俗，使被害人再受到道德壓力或異樣眼光等二次傷害，重新定義性犯罪是侵犯一個人的性自主權以及身體控制權。另外原本的第 221 條「強姦罪」也修改成較中性的「強制性交罪」，原條文中「姦淫」一詞因帶有放蕩淫逸之意涵，為了避免被害人難堪感受，故予修正為「性交」，且為落實男女平權之原則，強制性交罪之被害人也包括男性，因而修改「婦女」為「男女」，原條文中的「致使不能抗拒」要件過於嚴格，容易造成受侵害者因為需要「拼命抵抗」而造成生命或身體方面更大的傷害，故修正為「違反其意願之方法」。至於原刑法第 221 條第 2 項「準強姦罪」，以及第 224 條第 2 項「準強制猥褻罪」則與第 227 條合併並調整刑度。除此之外，立法者為了避免年齡相當、兩情相悅之未成年男女發生性行為之情形受到處罰，因而增訂第 227 條之 1 的「兩小無猜條款」，若十八歲以下犯前條之罪一律減輕或免除其刑。而在修法前原屬於告訴乃論之罪，新法則修正為除配偶犯普通強制性交罪及未滿十八歲犯第 227 條之罪須告訴乃論外，其他之罪均採

平等工作者的情緒，因而在全國婦女團體的串連下發起了此一大規模遊行。參考：王雅各（2001），《臺灣婦女解放運動史》，頁 122-123，臺北：巨流，。

非告訴乃論。

表 1 與兒少合意性行為之刑事法律沿革

法律名稱	篇章名	條號	條文內容
大清新刑律 草案	第 23 章「姦 非及重婚之 罪」	第 274 條	凡用暴行脅迫或用藥及催眠術並其餘方法，至使不能抗拒而姦淫婦女者，為強姦罪，處二等以上有期徒刑。姦未滿十二歲之幼女者以強姦論。
民國 17 年之 舊刑法	第 15 章「妨 害風化罪」	第 240 條	對於婦女以強暴脅迫藥劑催眠術或他法至使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪，處七年以上有期徒刑。姦淫未滿十六歲之女子，以強姦論。兩人以上共同輪姦而犯前兩項之罪者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。犯強姦罪因而致被害人於死者，處死刑或無期徒刑；致重傷者，處無期徒刑。犯強姦罪而故意殺被害人者，處死刑。第一項及第二項之未遂罪罰之。
民國 24 年之 刑法	第 16 章「妨 害風化罪」	第 221 條	對婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪，處五年以上有期徒刑。姦淫為未滿十四歲之女子，以強姦論。前二項之未遂犯罰之。

民國 24 年之 刑法	第 16 章「妨害風化罪」	第 227 條規定姦淫幼女罪	姦淫十四歲以上未滿十六歲之女子者，處一年以上、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，處五年以下有期徒刑。
民國 88 年之 現行刑法	第 16 章「妨害性自主罪」	第 227 條	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。

第二項 刑法第 227 條的保護法益爭議

從前述的立法沿革中，我們可以看到在婦女團體的努力下，立法者看待性犯罪的觀點在 1999 年有很大的改變，社會對性的態度也逐漸開放、轉變，性侵害行為不再被定義為妨害風化、妨害道德風俗的犯罪，而是一種侵害個人性自主決定權的犯罪。所謂的性自主權，與個人的貞操或名節無關，而是一個人對性自由決定的權力，包含要和什麼人、在什麼時候、如何發生性關係⁷⁶。隨個人價值觀不同，有些人的性帶有精神或心靈層面上的意義，透過性相互取悅並

⁷⁶ 許玉秀（2012），〈重新學習性自主—勇敢面對問題〉，《月旦法學雜誌》，第 200 期，頁 318。

獲得歸屬感，追求愛的昇華，但也有些人將性純然作為一種娛樂方式，認為性是人類情慾交織及肉體生理需求的滿足，總而言之，不論價值觀如何，每個人都有權利決定他展現性的方式與價值。然而在刑法脈絡下，刑法對性自主決定權的保障並非是積極自主意義下的性自主，而是保障個人的消極防禦權，亦即免於他人干涉的自由，因此對被害人性自主權的侵害，指的就是剝奪被害人要不要在該時、該地與行為人以該種方式從事性交行為的意思決定⁷⁷。釐清刑法上性自主權的基本概念後，需要進一步討論的是，刑法對於與兒童及少年性交者施以懲罰，其所要保護的法益是什麼？刑法第 227 條雖然位於妨害性自主罪章的招牌之下，但其保護法益的內涵在學界或實務間仍有不同意見，大致可分為保障兒童及少年的「性自主權」或兒童及少年的「身心健全成長權」兩種主張，本文臚列學者與實務判決之說明如下。

第一款 兒童及少年的性自主權

第一種意見主張刑法第 227 條的保護法益應為兒童及少年的性自主權。例如學者甘添貴認為刑法 227 條係因被害人年齡幼稚，發育未臻完全，且無同意性交之能力，遂法律特予保護，故事實上縱使獲得被害人之同意仍成立本罪⁷⁸。學者林山田認為未滿 14 歲之稚童身心發育未臻成熟，欠缺判斷為性交或猥褻行為的同意能力，或欠缺性自主判斷力，故特設本罪，以資保護。至於 14 歲以上未滿 16 歲之幼年人，則是因為心智發育未臻健全，知慮淺薄，而對於為性交或猥褻行為欠缺完全的性自主判斷能力，因此對於行為人雖非強制而對其為

⁷⁷ 蔡聖偉（2016），〈臺灣刑法中保護性自主決定的制裁規範—現行法制的介紹以及未來修法的展望〉，《月旦刑事法評論》，第 3 期，頁 7。

⁷⁸ 甘添貴（2010），《刑法各論（下）》，頁 268，臺北：三民。類似立場：曾淑瑜（2000），《刑法分則問題研析（二）》，頁 112，臺北：翰蘆。

性交或猥褻行為，仍宜予以犯罪化⁷⁹。學者陳煥生的立場相似，其認為對 14 歲以下者性交猥褻及對 14 歲以上未滿 16 歲者性交猥褻，兩者保護法益不同，前者是鑒於未滿 14 歲之稚童身心發育尚未成熟，缺乏判斷為性交或猥褻之同意能力，故為保護稚童身心健全，特設保護。後者則是因為 14 歲以上未滿 16 歲之男女，心智發育尚未健全，知率淺薄，易受外在因素影響，缺乏對於性交猥褻行為之完全自主判斷能力，故特設處罰，以資保護⁸⁰。學者陳子平則指出刑法第 227 條雖然是以和平手段為之，但依其罪質係由於未滿 16 歲之幼年男女對性行為缺乏判斷能力，因此行為人係利用幼年男女對性判斷能力的欠缺（性意思決定有瑕疵）而侵害其性自由⁸¹。

綜觀上述學者的意見，大多圍繞著兒童及少年「身心發育尚未完全，欠缺性的同意能力」作為論述核心，因此既然兒童及少年無法作出有效的同意，則縱使以和平手段與之性交猥褻，仍然等同於未得到其同意或承諾而與之性交猥褻，屬於侵害其性自主決定權的行為，因此在此種論述中，應該可認定本罪的保護法益是兒童及少年的性自主權。

第二款 兒童及少年的身心健全成長權

第二種意見主張刑法第 227 條的保護法益並非是兒童及少年的性自主權，而是兒童及少年的身心健全成長權。例如學者盧映潔認為應以兒童及青少年的健全成長權利作為刑法第 227 條的保護法益，並且以性剝削的觀點作為刑法第 227 條的非難基礎。其進一步說明，當行為人基於其優勢地位，利用兒童或青

⁷⁹ 林山田（2004），《刑法各罪論》，頁 238、240，臺北：自版。

⁸⁰ 陳煥生（2002），《刑法分則實用》，頁 260-261，臺北：自版。

⁸¹ 陳子平（2015），《刑法各論（上）》，頁 267，臺北：元照。

少年身心尚未成熟而促使其從事性活動，藉以得到性滿足或謀取利益，則兒童或青少年即為被害人，屬於受剝削的一方，正因為在這種性剝削的情況下可能會侵害兒童或青少年的健全成長權，因而具有刑法上的可罰性⁸²。

另外，學者李聖傑將妨害性自主區分為「性自主權的當然侵害」以及「性自主權的擬制侵害」兩大類，後者是指擬制被害人於行為人進行性交或猥褻時，被害人對於雙方的性行為是不同意的，然而，刑法第 227 條雖然被放置於「性自主權的擬制侵害」的體系之下，但其實在立法政策上有完全不同的思考，其認為對於與稚童或幼年人發生性行為的懲罰，主要是為了保護人類完整之性的成長以及青少年的身心健康，因此希望透過性的擬制侵害之制裁，使得兒童與青少年的保護更加周全，進一步言，既然本罪所保護的是被害人完整的身體以及心理健康成長，則對於這種身體權的保護，行為人當然不能以獲得被害人同意或沒有違背被害人的性自主意願而主張自己的行為得以被允許⁸³。

學者許澤天認為本罪是對於兒童或青少年人格發展的保護，即立法者假定未達一定年齡的兒童或青少年在身心發展上不夠成熟，缺乏對性方面的決定能力，因此過早的性行為將對其在性方面與整體人格的發展不利，並且立法者認為本罪是抽象危險犯，無待實害發生即成立犯罪。不過學者對於過早的性接觸是否真的有損兒童或青少年的人格發展抱持著較為保留的觀點，也擔心本罪所引發的法律效應（法庭追訴、家長壓力）反而可能對兒童或青少年的人格發展

⁸²盧映潔（2008），〈兩小無猜是原罪？—刑法第二二七條之與幼年人性交猥褻罪及相關條文的修正研議〉，《月旦法學雜誌》，第 152 期，頁 218-221。

⁸³李聖傑（2003），〈從性自主權思考刑法的性行為〉，《中原財經法學》，第 10 期，頁 17-18、22-24。

帶來嚴重創傷，因此呼籲立法者應進行檢討⁸⁴。

學者蔡聖偉認為以稚齡幼童身心發展作為本罪的保護法益較具有說服力，且借鏡德國的相關文獻討論，傳統見解以發展心理學上的認知為基礎，認為本罪保護的是幼童性自主決定能力的發展可能，應該避免過早的性接觸干擾個體日後的性發展，但近來許多文獻則主張本罪應保護「幼童的整體發展」，防止幼童的整體人格遭受過早的性經驗不當影響。另一方面，考量到幼童與成人間的地位不對等，一旦成年人濫用權力，幼童很容易被工具化並淪為性客體，進而干擾其人格發展，因此國家也有義務排除此種影響⁸⁵。

實務上也有判決將「身心健全成長權」作為本罪保護法益，如最高法院刑事判決 101 年度台上字第 2154 號：「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。」

綜上所述，採取兒童及少年（包括稚童、幼年人、青少年等用語）的身心健全成長權作為刑法第 227 條之保護法益，最主要之理由係認為過早的性行為可能對於兒童及少年的身心發展產生不良影響，進一步影響其未來人格發展，同時也考量到成年人與兒少間的地位不平等，兒少更可能成為被剝削的一方，因此在對兒少進行性相關的活動之行為有必要以刑法禁止。

⁸⁴ 許澤天（2014），〈刑法第 227 條作為青少年的性禁忌迷思／最高院 99 臺上 497 判決〉，《臺灣法學雜誌》，第 242 期，頁 179-180。

⁸⁵ 蔡聖偉，同前註 77，頁 15-17。

第三款 對本罪保護法益的再思考

刑法第 227 條的處罰對象可能是成年人對兒少的合意性行為，也可能是兒少對兒少的合意性行為，而本文所欲關注的重點在於少年間合意性行為的可罰性基礎，也就是少年間合意性行為的保護法益應該如何解釋？不論是從兒童及少年的性自主權，或是從兒童及少年的身心健全發展權來論述本罪的保護法益，本文認為都應該再更細緻的去區分「兒童」與「少年」這兩個群體。在本章的第一節中，針對兒童、少年、青少年的形象與性的連結進行了討論，而且也從相關文獻中去理解過早性行為對少年的可能影響，本文希望以此為基礎，在此再思考本罪的保護法益爭議。

以「性自主權」而言，大部分人均會認同「兒童」欠缺性的同意能力，因為他們還不能理解性的意義，自然無法對是否同意性行為做出回應。然而，有論者提出質疑，既然兒童沒有性自主權，那麼何來性自主權的侵害？既然兒童沒有表達意願的能力，那如何證明行為人違反其意願？關於這點，已經有學者提出解釋，許玉秀教授認為：「性自主權利是一個獨立的基本權、是一種防禦權，不是有自主能力的人，才能享有。」因此每個人不管自主能力是否成熟，都享有性自主權這樣一個基本權，它就像基本配備一樣⁸⁶。至於如何證明違反意願的問題，許玉秀教授認為利用年幼兒童本身懵懂、不經世事的特質，本身就是一種不顧年幼兒童意願的表現，因此，一個不在乎年幼兒童意願而為性交的行為，當然已經違反其意願，許教授並指出年齡並非絕對的標準，而只是原則性的參考，但基本上年齡較長的人，對於自己的懵懂無知要付出比較多的責

⁸⁶ 許玉秀，同前註 76，頁 318-319。

任，被證明違反其意願而性交的機率較比較低，由於證明的標準是浮動的，兩小無猜案件更需提高證明的門檻，這有賴司法實務在個案上的努力⁸⁷。

再來討論「少年」這個群體，如果本罪的保護法益是性自主權，我們似乎很難完全否定少年對性的同意能力，因為進入青春期的孩子，原本就對於性開始產生好奇，而且在性資訊發達的現代社會，他們往往能夠理解性的內涵與意義，雖然學者認為十四歲以上未滿十六歲之人是「心智發育未臻健全，知慮淺薄，而對於為性交或猥褻行為欠缺完全的性自主判斷能力」，但是這種說法所擔心的恐怕不是這個年齡層的少年不能夠對性行為表達同意與否，而是擔心少年「衝動、魯莽、喜好冒險」的特質會導致他們做出錯誤的決定（就是執意要為性行為的決定），青少年「天真、難以拒絕、易受傷害」的特質會導致她們不敢拒絕對方的性行為要求，進而產生懷孕、性病等不良後果。立法者預設「性對於少年是有害的」，而且也不相信少年對性的意義或風險能做出正確的判斷，刑法第 227 條其實是以保障少年的性自主權為名，行限制其性自主權之實，以年齡的線畫出禁止的界線，尤其是在兩小無猜的案件裡，這種意圖更加明顯，因為在兩小無猜的案件裡，兩名少年都會被認為是對性做出錯誤判斷的人而被加以懲罰，而這個錯誤是立法者所預設的價值判斷，從這個角度來說，沒有性自主權被保護的少年，只有因為性自主而被懲罰的少年，而本文想問的少年間的性行為是否真如立法者所想的，完全是個一個「錯誤」呢？

另一方面，如果本罪的保護法益是身心健全成長，本文認為同樣要區分「兒童」與「少年」兩個群體來看。性對於兒童身心健全成長的影響，在身體的生理層面而言，因為兒童的性器官尚未發展成熟，若與之發生性行為，確實可能造成其身體上的傷害，而在心靈的心理層面而言，由於兒童尚不能了解性

⁸⁷ 許玉秀，同前註 76，頁 314-315。

的意義，所以其影響是比較抽象且不確定的，有學者指出性對兒童之所以造成心裡傷害，是社會的觀念導致兒童長大成人後感覺受到傷害，而非性行為本身所直接導致，也就是說，社會的性觀念強化了兒時的傷害⁸⁸。再者，兒童間的合意性行為是否有處罰的必要性？本文認為刑罰對於兩名兒童或許有某種嚇阻功能（亂摸別人性器官會被警察先生抓走），但這種嚇阻效果似乎無法讓兒童懂得「身體界線」的觀念，頂多是大人以權威者的形象進行恐嚇（你不乖就會被警察抓走），而且兒童間的性行為是否帶有成年人眼中性的意涵，抑或只是一種「遊戲」，這些都是大人應該去思考的性教育問題，並不適合用刑法解決。

那麼性對於少年的身心健全成長會造成妨害或傷害嗎？從身體的生理層面來看，性確實會引發一些不良結果，例如前文所提到的性病傳染或未婚懷孕議題，但如果我們假設一名少年在有安全防護的情況下與另一名少年進行口交（同樣是刑法上的性交）呢？他既不會有性病傳染的問題（已做好防護），也不會導致懷孕，反而在兩情相悅的情況下可以對身體達到性需求滿足、性愉悅的作用，那我們要用什麼理由去說它妨害少年的身體健康或發展？至於心理方面的影響，或許在年齡差距比較大的行為人與少年間，存有權力不對等的問題，導致少年有受到性剝削的風險，但在年齡相仿又是兩情相悅的少年間，性行為可能僅僅是親密關係的展現、人際關係的經營，是否有相關心理學的實證研究指出過早的性行為對於少年的心理發展不利？在這些不確定性之下，刑法第 227 條的所欲保障的身心健全成長保護法益在兩小無猜的案件中確實有些站不住腳，導致兩小無猜案件的可罰性基礎令人懷疑。

⁸⁸ 其近一步解釋這是社會文化中貞操意識的殘留，有些人認定一旦被性侵，則會留下終身的傷害，因為貞操一但玷污了，就會終身失去。詳參：甯應斌（2011），〈台灣性侵幼兒修法爭議的哲學反思〉，《中華性／別：年齡政治機器》，頁 253-254，香港：圓桌文化。

第三項 我國現行法律的爭議及適用

面對法律適用的爭議，在經歷後最高法院作出 99 年第 7 次刑庭決議後，學者間針對刑法第 221 條與刑法第 227 條的適用關係、刑法第 227 條的定性，有更細緻的討論。當時最高法院之所以作出 99 年第 7 次刑庭決議，乃因民國 99 年（2010 年）高雄一名男子在圖書館外將一名落單 6 歲女童抱到大腿上並以手指性侵得逞，檢察官以刑度較高的刑法第 222 條加重強制性交罪起訴，但高雄地方法院在 99 年度訴字第 422 號判決以刑度較低的刑法第 227 條判處該男子 3 年 2 個月有期徒刑。此判決在媒體以「性侵 6 歲童色狼獲輕判 15 萬人怒吼 要法官停職⁸⁹」、「荒謬判決縱容色狼⁹⁰」等標題大肆報導後，引起社會大眾憤怒及密切討論，外界的質疑主要在於審理的合議庭法官，以女童沒有哭喊和反抗，認定沒有違反女童的意願，因此改用未滿 14 歲男女性交罪，將嫌犯改判成 3 年 2 個月，除了量刑過輕外，民眾無法理解的是法官怎麼會認為小孩子沒有哭或反抗就是同意被性侵？

針對此爭議，最高法院做出 99 年刑庭第 7 次決議，該決議最後採丙說，該說從妨害性自主罪章的立法理由說明刑法第 227 條第 1 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。再緊扣著「合意」要件，推論未滿十四歲之男女必須有意思能力，且經其同意與行為

⁸⁹中國時報，〈性侵 6 歲童色狼獲輕判 15 萬人怒吼 要法官停職〉，載於：
<http://city.udn.com/54532/4136049#ixzz4dtE4zNvY>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

⁹⁰蘋果日報，〈荒謬判決 縱容色狼〉，載於：
<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20100815/32739146/>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

人為性交者，始足構成刑法第 227 條之罪。然而未滿七歲之幼童，究竟有無意思能力並不容易證明，故最高法院援引民法第 13 條第 1 項規定「未滿七歲之未成年人，無行為能力」，進一步推論未滿七歲之男女，既然無行為能力，也應該當作無意思能力處理，故未滿七歲之男女並無與行為人為性交合意之意思能力（即無適用刑法第 227 條之餘地）。至於七歲以上未滿十四歲之男女，屬於民法第 13 條第 2 項所定之限制行為能力人，並非無行為能力之人，認為其有表達合意為性交與否之意思能力（即有適用刑法第 227 條之餘地）。最後最高法院參照 97 年度第 5 次刑事庭會議決議之意旨，所謂「違反其意願之方法」，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，至於被害人未滿十四歲之情形，參酌聯合國「兒童權利公約」、「公民與政治權利國際公約」、「經濟社會文化權利國際公約」等強調兒童權利保護之意旨，自應由保護該未滿十四歲之被害人角度解釋「違反被害人意願之方法」之意涵，不必拘泥於行為人必須有實行具體之違反被害人意願之方法行為。因為在實際案件上，行為人對於未滿七歲之被害人（如嬰兒）往往不必實行任何具體之「違反被害人意願之方法行為」，即得對該被害人為性交，如果在這種情況只論以刑法第 227 條第 1 項之對於未滿十四歲之男女為性交罪，在法律適用上顯有失衡，因為對照被害人係七歲以上未滿十四歲之男女，尚得因其已表達「不同意」與行為人為性交之意，行為人不得不實行違反其意願之方法行為，而須負刑法第 222 條第 1 項第 2 款之加重違反意願性交罪責；而被害人未滿七歲者，因其無從表達「不同意」之意思，竟令行為人僅須負刑法第 227 條第 1 項之對於未滿十四歲之男女為性交罪責。故最高法院最後決議：「與七歲以上未滿十四歲者合意而為性交，應論以刑法第 227 條第 1 項之對於未滿十四歲之男女為性交罪。如對七歲以上未滿十

四歲之人非合意而為性交，或與未滿七歲之人性交者，均應論以刑法第 222 條第 1 項第 2 款之加重違反意願性交罪。」

此決議一出，引起許多批評，有學者認為刑法第 227 條所保障的並非幼年人的「性自主權」，而是「健全成長權」，因此根本不需要將幼年人的同意與否納入構成要件審酌，再者，該決議既然認為未滿七歲者無合意性交的意思能力，卻又認定其意願被違反，在邏輯推論上豈不自相矛盾⁹¹？另有學者指出該決議係為符合社會觀感、臣服於社會壓力下的產物，在群情激憤的情況下擴張刑罰的適用，以滿足大眾的不安全感，卻背棄了罪刑法定主義⁹²；更有法官指出將準強姦罪（與未滿十四歲之人性交）移至刑法第 227 條保護已是嚴重的立法錯誤，而該決議卻逕行指定民法無行為能力作為無性交同意能力的標準，反而架空立法者的預設（未滿十四歲者均無同意能力），造成八歲以上的被害人同意能力的謬論，而且也破壞原本刑法第 222 條需證明實行強制力的要件，根本是為了討好民意，而錯置整個法律體系、犧牲的可能無辜被告⁹³。

暫且不論最高法院的決議是否妥適，依照目前實務見解，刑法第二百二十七條與其他妨害性自主罪章條文的適用關係，簡列如下表 2：

⁹¹ 盧映潔（2010），〈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，頁 169-172。

⁹² 李佳玟（2010），〈違反罪刑法定的正義〉，《臺灣法學雜誌》，第 160 期，頁 1-3。

⁹³ 錢建榮（2010），〈為恐龍法官喊冤——「強制性交罪」的爭議〉，《司法改革雜誌》，第 83 期，頁 18-19。

表 2 與兒童及少年性行為（性交）之刑法適用

行為客體之年齡	是否違反其意願	適用法條
未滿 14 歲	是	刑法第 222 條第 1 項第 2 款
已滿 14 歲，未滿 16 歲	是	刑法第 221 條
已滿 16 歲	是	刑法第 221 條
7 歲以下	不論是否違反意願	刑法第 222 條第 1 項第 2 款
7 歲以上未滿 14 歲	否	刑法第 227 條第 1 項
已滿 14 歲，未滿 16 歲	否	刑法第 227 條第 3 項
已滿 16 歲	否	未觸犯刑法

第三節 「少年間合意性行為」的特殊條款與適用

第一項 行為人是兒童及少年在刑事政策上的特殊性

刑法以年齡訂定刑事責任能力，責任能力係指行為人在行為時必須有自我決定的能力，亦即判斷適法或非法之能力，並依此判斷而能夠不為非法行為之能力，如此才有罪責可言。年齡幼小者因為心智尚未成熟，因此欠缺自我控制以及判斷非法的能力，法律無法期待其適法行事，因此無責任能力，我國刑法第 18 條第 1 項即規定：「未滿十四歲人之行為，不罰。」至於年齡雖非幼小，但又不如成年人完全成熟的青少年，因為還不具備完全判斷是非善惡的能力，無法完全正確地依其判斷行事，因此屬於限制責任能力，刑法第 18 條第 2 項規定：「十四歲以上未滿十八歲之人，得減輕其刑」⁹⁴。

⁹⁴ 林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，臺北：元照，頁 382-383。

刑法對於未滿 14 歲之人，因其欠缺責任能力，故縱使其行為是具有違法性的構成要件該當行為，仍不構成犯罪，並無刑罰的法律效果，至於 14 歲以上未滿 18 歲之人因僅具限制責任能力，雖然成立犯罪但能減輕其刑，以上係刑法對兒童及少年在責任能力上所做的刑事政策考量。其他在刑事政策上對兒童及少年的優待還包含刑法第 63 條規定：「未滿十八歲人或滿八十歲人犯罪者，不得處死刑或無期徒刑，本刑為死刑或無期徒刑者，減輕其刑。」公民與政治權利國際公約第 6 條第 5 項亦規定未滿十八歲之人犯罪，不得判處死刑。從美國最高法院猶豫是否對少年犯處以死刑的相關辯論中，可以了解反對者的主要論點也是基於少年犯的心智成長尚未達成熟階段、是非善惡判斷能力較差、難以控制衝動等原因，並引用大腦科學、心理學等科學研究證明少年犯的責任感未發展完全、容易魯莽行事不顧後果、較為脆弱並易受同儕影響等等，因此比起成年人的可責性較低，不宜處以最嚴厲的刑罰，而且少年犯之人生才剛開始，對死亡體會不深，若以死刑威脅也較難達到刑罰的應報與嚇阻效果⁹⁵。

然而，正因為兒童及少年的心智尚未成熟，身心均在發展當中，具有較高的可塑性，且大部分非行的兒童或少年多來自貧窮、暴力、被忽視的破碎家庭，缺乏適當教養，亦常因混跡街頭而濡染不良習性，受到學校或社會之排斥，成為大環境的被害人。因此國家對於出現觸法或虞犯行為的兒童及少年基於國家親權主義亦應該及早予以介入，以協助其健全成長、避免其狀況惡化，我國於 1962 年（民國 51 年）公布少年事件處理法建立少年司法制度，並歷經數次修正於 1997 年（民國 86 年）大幅修正後通過現行的少年事件處理法。依該法規定，少年為 12 歲以上 18 歲未滿之人（少事法第 2 條），少年有觸法行

⁹⁵王玉葉（2009），〈美國死刑制度的演進：Roper v. Simmons 案廢除少年犯死刑之意義〉，《歐美研究》，頁 15-16。

為、虞犯行為者，由少年法院依本法處理（少事法第3條），另外7歲以上未滿12歲之人，有觸法行為者也由少年法院適用少年保護事件之規定處理（少事法第85之1條）。基於少年事件處理法相關規定，有關於「少年觸法事件」、「少年虞犯事件」、「兒童觸法事件」均應先移送少年法院處理，此為少年法院之「先議權」，且現行的少年事件處理法認為少年具有善良本質，縱使是非行少年亦具有可教性與發展性，因此應針對少年的成長環境進行調整並施以個別化處遇，採取「以保護代替監禁，以教養代替處罰」之觀念處理少年非行⁹⁶，並以協助少年健全成長為目標。

第二項 兩小無猜條款的立法設計

從妨害性自主罪章的立法沿革可以發現，在1999年新修正的刑法公布施行前，未滿18歲之人若與未滿16歲之人合意發生性行為，其所應負之責任與成年人並無二致，最多只能依刑法第18條第2項，得減輕其刑。但是以少年間的合意性行為來檢視刑法第227條之保護法益，不管是從少年的性自主權或是身心健全成長權來看，都會產生弔詭的結果。如果認為少年欠缺對性的判斷能力，無法對性做出有效的同意，那麼這樣的少年有可能去侵害另一個少年的性自主權嗎？其可罰性基礎也令人存疑。再者，如果本罪的保護法益是身心健全成長權，則少年間的性行為真的妨害了彼此的身心健全成長嗎？縱使性行為真的使少年的身心健全成長受到妨害，但對於受傷的人再施以刑罰妥當嗎？刑法第227條或許存有嚇阻作用，但當少年在兩情相悅的狀況下執意發生性行為，則刑法第227條就會落入一個「嚇阻不成，保護不能」的尷尬狀態。

⁹⁶林俊寬（2009），《少年事件處理法》，臺北：五南，頁11-12。

1999 年修法時立法者意識到少年間的性行為畢竟與成年人對兒童及少年之性行為有所不同，本罪一開始的預設也是為了遏止「姦淫幼女」之惡行，而非為了懲罰初嘗禁果之少年男女，雖然後來刑法的觀點從傳統的性道德、社會風俗轉變為個人性自主權的保護，但少年間的合意性行為，雙方對性的自主能力均未成熟，人格發展也未臻健全，因此立法者特別設計了刑法第 227 條之 1 兩小無猜條款以及刑法第 229 條之 1 告訴乃論這兩個關卡，也就是說，在此種使用和平手段、雙方合意、非暴力的性行為，且雙方又都未成年的狀況下，並非一定得用刑事制裁之方式解決不可⁹⁷。

第一道關卡是刑法第 229 條之 1 將未滿 18 歲之人觸犯第 227 條定為告訴乃論之罪，讓被害人及其法定代理人可以自己斟酌是否一定要提告，實務上有很多案例是女方家長認為女兒吃虧，因而向男方及其家長索要遮羞費、精神賠償，並以提告作為以刑逼民之手段，甚至要求男方迎娶女方以負起責任，但是這種觀念背後隱含的正是 1999 年修法所要極力扭轉的觀念，為了避免社會再以名節或貞操對女性進行壓迫，在 1999 年修法後，將原條文的被害人從「婦女」改為「男女」，因此在現行法規之下，只要相互發生性行為者都是未滿 16 歲之人，則不論性別如何均可相互提告。若是案件依然進入司法流程，第二道關卡則是刑法第 227 條之 1，對於未滿 18 歲之人觸犯第 227 條時，法院可以視情形減輕或免除被告的刑責，然而此條文的適用與現行少年事件處理法的司法處遇會產生一些矛盾的狀況，導致無法達成立法者原本預設將未滿 18 歲之人從本罪中減輕刑責或排除於刑事司法體系之效果。

⁹⁷王如玄（2006），〈偷嘗禁果之刑事法律責任〉，《學生輔導》，第 102 期。頁 24-25。

第三項 兩小無猜條款在少年事件的適用問題

第一款 減輕或免除其「刑」與少年保護事件

少年司法制度帶有濃厚的福利色彩，並採取保護優先原則，也就是說對於觸法少年，原則會以保護處分為優先處遇，非不得已，不得適用刑罰或保安處分，故大部分案件都屬於少年保護事件，體現以教育、輔導、感化為主，刑罰為輔的少事法精神。只有在已滿 14 歲的觸法少年符合特定條件之情況下（少事法第 27 條），才可能由少年法院裁定移送有管轄權之法院檢察署檢察官，由檢察官依據刑事訴訟法之規定予以偵查、追訴，如果少年經提起公訴，仍是由少年法院進行審判，此時則稱為少年刑事案件。

雖然刑法第 227 條之 1 設有未滿 18 歲之人觸犯第 227 條得減輕或免除其刑的規定，但未滿 18 歲之人的觸法事件本就由少年法院享有先議權，應依少年事件處理法之程序進行，而且刑法第 227 條並非最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪，不會依照少年事件處理法第 27 條第 1 項第 1 款被移送有管轄權的地方法院檢察署檢察官，也就是說少年觸法刑法第 227 條的案件本來就不會被當成少年刑事案件，而屬於少年保護事件，因此刑法第 227 條之 1 的減輕或免除其刑規定並不適用，少年可能獲得的處遇大多為保護處分，自然沒有減輕或免除其「刑」的問題存在。在兩小無猜的實務案件中，若女方堅持提告，男方通常也會提告以求自保，最後變成雙方都成為觸犯刑法第 227 條的「同案共犯」，呈現互為加害及被害的弔詭結果。關於目前兩小無猜案件的具體處理過程、實務困境，將會於第三章中做詳細的說明。

第二款「告訴乃論」並非啟動少年事件程序的要件

告訴，指的是指犯罪之被害人或其他告訴權人，向偵查機關（包括檢察機關、司法警察機關）申告犯罪事實並請求追訴之意思表示。若是屬於告訴乃論之犯罪類型，必須有告訴人主動向檢察機關提告，或是到警察機關報案後表示希望追訴，由警察機關將案件移送至法院檢察署。也就是說，對於告訴乃論之罪而言，告訴不僅是發動偵查的原因，也是訴訟要件，如有欠缺即無法追訴、處罰⁹⁸。另外刑事訴訟法第 237 條規定：「告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之。」

雖然刑法第 229 條之 1 明定未滿 18 歲之人犯第 227 條之罪者須告訴乃論，但未滿 18 歲之人的觸法行為屬於少年事件，其不同於一般刑事案件，應優先適用少年事件處理法，而非刑事訴訟法，因此少年事件程序開啟並不以提出告訴為要件，而是依少年事件處理法第 17 條、第 18 條規定，有「報告」、「移送」、「請求」三種途徑，表列如下：

表 3 少年事件的來源

主體	得知少年行為	非義務 / 義務	方式
任何人	知有少年觸法行為 (少事法§3I)	得向少年法院	報告 (少事法§17)
檢察官、司法警察官、法院執行職務時	知有少年觸法或虞犯行為(少事法§3)	應向少年法院	移送 (少事法§18I)
少年的監督權人、肄業學校、從事少年保護事業之機構	發現少年虞犯行為 (少事法§3II)	得向少年法院	請求 (少事法§18II)

⁹⁸ 林鈺雄（2010），《刑事訴訟法（下冊）》，頁 31，臺北：元照。

亦即，任何人知道未滿 18 歲之人觸犯刑法第 227 條時，均得向少年法院報告，少年法院即應受理並開啟後續少年事件程序，若是檢察官、司法警察官、法院執行職務時知有未滿 18 歲之人觸犯刑法第 227 條，例如司法警察官對未滿 16 歲的妨害性自主案件被害人製作筆錄時，意外得知該名被害人另外也有跟其他未滿 18 歲的少年發生合意性行為，則不管被害人及其法定代理人是否要對該名少年提出告訴，司法警察官均有義務應將少年以刑法第 227 條之罪移送少年法院⁹⁹。少年事件一旦開啟，縱使被害人或法定代理人表示不願提告，或是中途撤回告訴、和解等，均無法中斷少年事件程序¹⁰⁰。少年事件處理法之所以如此規定，係因為少年保護事件重在教育與輔導，而非懲罰，因此當少年有觸法或虞犯行為時，即表示少年可能身處某種成長危機之中，法院有必要予以調查了解，若依調查結果認為有處遇介入之需要，縱使告訴權人不提告或已和解撤告，法院仍可給予適當之保護處分，以協助少年健全成長。

綜上所述，刑法第 229 條之 1 目的雖然是限縮兩小無猜的案件類型（未滿 18 歲之人觸犯第 227 條者）進入刑事司法程序，然而在現今的少年事件處理法架構下，案件仍然會以少年司法程序處理，因此刑法第 229 條之 1 並無法發揮立法者期待之效能，亦屬立法當時未考慮周全之疏漏。

⁹⁹ 例如 15 歲的少女 A 因為遭受強制性交而到警察局製作筆錄，欲對成年人 A 提告，但警察詢問過程中得知少女 A 曾經與 15 歲的少男 B、17 歲的少男 C 發生合意性行為，在此種情況，因為少女 A、少男 B、少男 C 都觸犯了刑法第 227 條，因此警察有義務將三人均移送少年法院處理。

¹⁰⁰ 其他相關規定，如少年事件處理法審理細則第 10 條第 1 項：「少年法院於調查或審理中，對於觸犯告訴乃論之罪，而其未經告訴、告訴已經撤回或已逾告訴期間之十四歲以上少年，應逕依少年保護事件處理，毋庸裁定移送檢察官。」

第四節 小結

本章第一節將詳細地描繪了兒童及少年的形象與性的連結，社會將兒童建構為純潔、一塵不染的存在，而心理學發展論則將少年指為正歷經「狂飆期」的不成熟個體，容易衝動行事、不思考後果，尚無法為自己的決定負責。青少年則是因為其發展的特殊性、脆弱性，並承受社會給予「女人應矜持溫順」的期待，而無法真正表達其意思，屬於易受傷害、需要被保護的一群。

從一些公共衛生政策、醫療研究的觀點來看，發生在少年身上的性行為可能帶來各種「問題」，諸如未婚懷孕、性病傳染等等，相關研究似乎指出性對於少年是弊大於利的，為了保障少年的健康成長、守護其利益，有必要隔絕少年對性的接觸，尤其是性行為的發生。然而，根據我國少年性行為現況的相關統計調查，可以發現少年性行為隨著時代的演進、傳媒的影響、性觀念的開放，將是一個越來越普遍現象，在這樣的現實與趨勢之下，國家政策應該如何因應？如何將性隔絕於少年的世界之外？

第二節所談的即是「與兒童及少年合意性行為」的刑事法律，現行法律明文禁止任何人與特定年齡以下之人發生性行為，然而本文爬梳其立法脈絡之後，發現從大清律法到民國 88 年（1999 年）前的刑法，其要保護的法益其實一直的是所謂的「善良風俗」，因為侵害稚女的童貞是傷風敗俗的，因此才要懲罰與稚女發生性行為的行為人，至於與已婚的稚女或年幼的男性發生性行為者則非本罪所要處罰的對象，這樣以父權價值為核心的觀點，一直到民國 88 年（1999 年）以後才有轉變，立法者正式將性犯罪從風俗犯罪重新定位為「妨害性自主罪」，有了性自主權以及性別平等的概念後，「與兒童及少年合意性行為」的刑事法律被全新詮釋，其基本的假設是低於一定年齡的兒童及少年表達自主意思的能力不足，因此縱使與之合意發生性行為，仍屬侵害其性自主權的

行為，但也有學者主張與兒童及少年合意性行為，實際上是侵害兒童及少年身心健全成長權。本文認為不管本罪的保護法益是性自主權或身心健全成長權的保護，都應該詳細區分兒童與少年兩個不同的群體來看，尤其在少年的部分，兩名年紀相仿的少年發生性行為，真的會傷害他們的性自主權或身心健全成長權嗎？本文認為在這種兩小無猜的案件裡，兩種保護法益的存在基礎其實都令人懷疑。

第三節本文點出了兒童及少年在刑事政策中的特殊性，並進一步思考，對與兒童及少年合意性行為的成年人施以刑罰，基本上較無爭議，但如果是對於少年間的合意性行為，同樣給予刑罰，這種既保護又懲罰的情況是否有自相矛盾之嫌？然而立法者雖然設計了兩小無猜條款，希望減少這類案件進入司法體系，但在兒童及少年適用少年事件處理法的狀況下，兩小無猜條款的「得減輕或免除其刑」規定幾乎無用武之地。本文的研究要旨即在探討用刑法管制少年間的合意性行為是否為合宜的刑事政策？其所帶來的效果如何？在我國目前的相關法律規範下，少年間的合意性行為將會受到許多介入，第三章即將說明學校、社政、衛福、司法等系統介入的法規依據與處理模式，對於少年造成何種影響以及實務所面臨的困境。

第三章 各系統處理少年間合意性行為之模式與困境

第一節 學校依據性別平等教育法的處理

第一項 通報責任

依據性別平等教育法第 21 條第 1 項¹⁰¹規定，學校相關人員，如校長、教職員、工友等，若知悉服務學校發生疑似校園性侵害、性騷擾或性霸凌事件時，除應該於 24 小時內依性侵害犯罪防治法¹⁰²、兒童及少年福利與權益保障法¹⁰³、

¹⁰¹性別平等教育法第 21 條第 1 項：「學校校長、教師、職員或工友知悉服務學校發生疑似校園性侵害、性騷擾或性霸凌事件者，除應立即依學校防治規定所定權責，依性侵害犯罪防治法、兒童及少年福利法、身心障礙者權益保障法及其他相關法律規定通報外，並應向學校及當地直轄市、縣（市）主管機關通報，至遲不得超過二十四小時。」

¹⁰²性侵害犯罪防治法第 8 條：「醫事人員、社工人員、教育人員、保育人員、警察人員、勞政人員、司法人員、移民業務人員、矯正人員、村（里）幹事人員，於執行職務時知有疑似性侵害犯罪情事者，應立即向當地直轄市、縣（市）主管機關通報，至遲不得超過二十四小時。前項通報內容、通報人之姓名、住居所及其他足資識別其身分之資訊，除法律另有規定外，應予保密。」

直轄市、縣（市）主管機關於知悉或接獲第一項通報時，應立即進行分級分類處理，至遲不得超過二十四小時。

前項通報及分級分類處理辦法，由中央主管機關定之。」

¹⁰³兒童及少年福利與權益保障法第 53 條：「醫事人員、社會工作人員、教育人員、保育人員、教保服務人員、警察、司法人員、移民業務人員、戶政人員、村（里）幹事及其他執行兒童及少年福利業務人員，於執行業務時知悉兒童及少年有下列情形之一者，應立即向直轄市、縣（市）主管機關通報，至遲不得超過二十四小時：一、施用毒品、非法施用管制藥品或其他有害身心健康之物質。二、充當第四十七條第一項場所之侍應。三、遭受第四十九條各款之行為。四、有第五十一條之情形。五、有第五十六條第一項各款之情形。六、遭受其他傷害之情形。」

其他任何人知悉兒童及少年有前項各款之情形者，得通報直轄市、縣（市）主管機關。直轄市、縣（市）主管機關於知悉或接獲通報前二項案件時，應立即進行分級分類處理，至遲不得超過二十四小時。

直轄市、縣（市）主管機關受理第一項第五款案件後，應於四日內提出調查報告；受理第一項其他各款案件後，應於三十日內提出調查報告。

身心障礙者權益保障法¹⁰⁴，以及其他相關法律規定通報外，並應向學校及當地直轄市、縣（市）主管機關通報。通報除了是一種法定責任之外，在教育部編寫的「報乎你知—教育人員對性侵害或性騷擾的基本認知」手冊裡亦告訴教師們，通報之目的還有人道關懷（保護兒少）、嚇阻警示（懲罰加害人並對有犯罪意圖者事實嚇阻）、防範未然（早期通報、早期輔導）等功能¹⁰⁵。

當校園中發生刑法第 227 條事件時，雙方當事人可能都是該校學生並互為行為人，也有可能僅有被害人具學生身份，在實務上常見未滿 16 歲的少女向同儕透露已發生性行為並分享相關經驗，從同儕間的耳語傳播，輾轉傳到老師耳裡，或者是未滿 16 歲的少女在輔導過程中向老師坦承與男友交往並發生性行為的情況（例如經常曠課的少女會被學校列為高風險關懷個案，每週接受輔導時，老師通常會詢問關心少女的近況，若從少女口中得知其最近常常住在男朋

第一項及第二項通報人之身分資料，應予保密。

第一項至第四項通報、分級分類處理及調查之辦法，由中央主管機關定之。」

¹⁰⁴ 身心障礙者權益保障法第 75 條：「對身心障礙者不得有下列行為：一、遺棄。二、身心虐待。三、限制其自由。四、留置無生活自理能力之身心障礙者於易發生危險或傷害之環境。五、利用身心障礙者行乞或供人參觀。六、強迫或誘騙身心障礙者結婚。七、其他對身心障礙者或利用身心障礙者為犯罪或不正當之行為。」

第 76 條：「醫事人員、社會工作人員、教育人員、警察人員、村（里）幹事及其他執行身心障礙服務業務人員，知悉身心障礙者有前條各款情形之一者，應立即向直轄市、縣（市）主管機關通報，至遲不得超過二十四小時。

村（里）長及其他任何人知悉身心障礙者有前條情形者，得通報直轄市、縣（市）主管機關。前二項通報人之身分資料，應予保密。

直轄市、縣（市）主管機關知悉或接獲第一項及第二項通報後，應自行或委託其他機關、團體進行訪視、調查，至遲不得超過二十四小時，並應於受理案件後四日內提出調查報告。調查時得請求警政、醫院及其他相關單位協助。

第一項、第二項及前項通報流程及後續處理辦法，由中央主管機關定之。」

¹⁰⁵教育部（2011），《報乎你知—教育人員對「性侵害或性騷擾」的基本認知》，臺北：教育部，頁 25-26。

友家裡，稍具性別及法律意識的老師可能就會進一步主動詢問交往細節以及是否有發生性行為）若學校教育人員知悉有疑似性侵害之狀況(包含違刑法第 227 條)，即應於 24 小時內向各縣市社會局或家庭暴力暨性侵害防治中心（簡稱家防中心）或於內政部關懷 E 起來網站（<http://ecare.moi.gov.tw/>）填寫性侵害犯罪事件通報表，且如若當事人具有校園之教職員工生身分者，並應一併通報教育部校安中心。

2016 年 01 月 16 日蘋果新聞報導「15 歲新娘請吃餅 老師報警法辦新郎」，即描述：「新竹一名 18 歲男子，與 15 歲的國三少女交往後發生多次性關係，去年底雙方家長同意小倆口共結連理，少女帶喜餅到校分享，還向閨密透露房事，怎料老師獲知後報警，導致準新郎因妨害性自主遭法辦，少女急得大哭：『我不想告我老公』，丈母娘也破口大罵：『我都同意讓她嫁了，警察管這麼多！』」¹⁰⁶在此案例中，雖然老師被批評為「管太多」、「不近人情」，但在法律上老師負有通報責任，若未依法通報，除了面臨學校的行政懲處外，還會依據性別平等教育法第 36 條第 3 項遭處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。然而在此種案例下我們也看見了刑法第 227 條在現實生活中所顯現的困境及矛盾，在後續小節會有更詳細的探討。

第二項 調查與處理程序

第一款 組成性別平等教育委員會調查小組

¹⁰⁶蘋果日報，〈15 歲新娘請吃餅 老師報警法辦新郎〉，載於：

<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20160113/773292/>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

當性侵害事件(包含刑法第 227 條案件)之一方為學校校長、教師、職員、工友或學生，他方為學生時，即屬校園性侵害事件(性平法第 2 條第 7 款)，學校或主管機關處理校園性侵害事件，應將該事件於三日內交由所設之性別平等教育委員會調查處理(性平法第 21 條第 3 項、第 30 條第 1 項)，學校或主管機關之性別平等教育委員會處理校園性侵害事件時，得成立調查小組調查之(性平法第 30 條第 2 項)，該小組成員應具性別平等意識，女性人數比例，應占成員總數二分之一以上，必要時，部分小組成員得外聘。處理校園性侵害、性騷擾或性霸凌事件所成立之調查小組，其成員中具性侵害、性騷擾或性霸凌事件調查專業素養之專家學者之人數比例於學校應占成員總數三分之一以上，於主管機關應占成員總數二分之一以上；雙方當事人分屬不同學校時，並應有申請人學校代表(性平法第 30 條第 3 項)。

第二款 調查小組進行訪談、撰寫調查報告

一、調查過程

性別平等教育委員會或調查小組依性平法規定進行調查時，行為人、申請人及受邀協助調查之人或單位，應予配合，並提供相關資料(性平法第 30 條第 4 項)。學校或主管機關性別平等教育委員會原則上應於受理申請或檢舉後二個月內完成調查，之後應將調查報告及處理建議，以書面向其所屬學校或主管機關提出報告(性平法第 31 條第 1 項、第 2 項)。

二、調查之性質

性平法第 35 條第 1 項規定學校及主管機關對於與本法事件有關之事實認定，應依據其所設性別平等教育委員會之調查報告。第 2 項則明定法院對於前項事實之認定，應審酌各級性別平等教育委員會之調查報告。關於性平會調查

之性質，依據教育部 104 年 2 月 11 日臺教學(三)字第 1040003291 號函，有學者在綜合座談會中指出「未滿 14 歲者於刑事責任係無責任能力人，爰該等學生如發生校園性別事件，經學校性平會認定性侵害行為屬實者，學校可能會被家長提告。」，導致與會的學校及地方政府人員產生相關處理疑義，因此請教育部提出說明，教育部回覆如下：「(一)、按刑法第 18 條各項規定，未滿 14 歲人之行為，不罰；14 歲以上未滿 18 歲人之行為，得減輕其刑；滿 18 歲人之行為，得減輕其刑。性侵害犯罪防治法第 2 條第 2 項規定，所稱性侵害加害人係指觸犯該條文第 1 項各罪經判決有罪確定之人。(二)、惟性別平等教育法(下稱性平法)之立法意旨係「促進性別地位之實質平等，消除性別歧視，維護人格尊嚴，厚植並建立性別平等之教育資源與環境」(性平法第 1 條參照)，故性平法第 20 條以下規範學校或主管機關處理校園性侵害、性騷擾或性霸凌事件(下稱校園性別事件)，即旨在建立性別友善之校園環境，並因此落實性別平等教育。準此而言，校園性別事件之調查處理，其主要目的係本於教育機關之立場，對當事人據以實施教育輔導措施(性平法第 25 條第 2 項及第 3 項規定之精神參照)，而非釐清其有無刑事責任。故性平法第 30 條第 6 項及校園性侵害性騷擾或性霸凌防治準則第 28 條參酌立法意旨明定，性別平等教育委員會(下稱性平會)之調查處理，不受該事件司法程序是否進行及處理結果之影響。

(三)、綜上所述，責任能力乃相對於刑事責任而言，而性平法對性侵害行為認定，尤其對於未成年學生部分，旨在教育輔導，不涉及刑事責任之認定。是以，學校性平會認定性侵害行為屬實者，自非指該等學生已觸犯刑法條文之罪且應負其刑事責任而言。性平法對未成年學生為教育輔導目的所為之調查處理，與未成年學生有無責任能力抑或刑事責任，本屬不同之法律規範範疇，亦

具有不同之立法目的。就此而言，學校依性平法調查處理之校園性別事件所為對未成年學生之事實認定，自無牴觸其他法律之問題。」

也就是說性平會之調查，主要目的是針對該事件的「處理」以及對當事人的「教育輔導」，而非在於懲罰，因此不受司法程序的調查及認定所干涉，學校的性平會以及法院的調查審判是不同法源及系統，然而當法院在審理案件事實時則應審酌性平會之調查報告。

第三款 調查後之相關懲處與輔導

校園性侵害事件經學校或主管機關調查屬實後，當加害人為教職員時，應依相關法律或法規規定自行或將加害人移送其他權責機關(教師評審委員會、考績委員會)，予以申誡、記過、解聘、停聘、不續聘或其他適當之懲處。而當加害人為學生時，則應陳報學生獎懲委員會，給予適當之懲處。另外，學校、主管機關或其他權責機關為性騷擾或性霸凌事件之懲處時，應命加害人接受心理輔導之處置，並得命其為下列一款或數款之處置：一、經被害人或其法定代理人之同意，向被害人道歉。二、接受八小時之性別平等教育相關課程。三、其他符合教育目的之措施。（性平法第 25 條）。

當校園性侵害事件發生時，由於雙方當事人均為校園的一份子(可能為老師學生，或是學生與學生間)，當案件尚在調查中，雙方仍處於相同的校園空間之中，有著重疊的人際網絡，當事人可能面臨龐大的心理壓力，因此輔導室或諮商中心也應對於事件有關之當事人、家長、相關班級師生進行輔導關懷，針對當事人制定輔導計畫以及後續追蹤，提供當事人及其法定代理人心理諮商輔導、法律諮詢管道、課業協助、經濟協助等（性平法第 24 條第 1 項、校園性侵

害及性騷擾防治準則第 27 條) 並且負責校外橫向聯繫，協助性侵害防治中心社工師處理相關事宜。

第三項 教育部之立場—教育優於司法

為了因應刑法第 227 條中兩小無猜事件的特殊性，教育部特別制定「學校處理學生間發生刑法第 227 條事件應注意事項」，其中特別提到：「（一）通報時得註記法定代理人尚在斟酌是否提出告訴」、「學生表明其為合意性行為」，或其他學生顧慮之事項。（二）啟動行政協調機制，收件單位應儘快對雙方當事人及其法定代理人說明性平法處理校園性侵害、性騷擾或性霸凌事件之相關法規及處理流程。（三）收件單位收件後，應依校園性侵害性騷擾或性霸凌防治準則第十八條規定決定是否受理，如對相關法規有疑義，應徵詢法律專業意見。案件經決定受理者，由性平會召開專案會議，請雙方當事人及其法定代理人陳述意見，並提醒法定代理人如提起刑事訴訟，將對學生身心及其學習上發生之影響。（四）雙方學生及其法定代理人對案件事實無爭議，性平會得以上開會議之紀錄，作為調查報告。（五）雙方學生及其法定代理人對案件事實有爭議，性平會應依性平法之規定進行調查。調查結果認學生雙方之性交或猥褻之行為屬合意者，性平會應作成相關輔導建議，提醒學校宜以教育輔導措施取代懲處，且提醒法定代理人提出刑事訴訟所可能對學生身心及學習上造成之影響；法定代理人如仍決定告訴，學校仍應協助輔導雙方當事人及法定代理人減輕訴訟所產生之影響。（六）雙方法定代理人如提出轉換學習環境之要求，學校應儘量維護學生雙方之受教權益。（七）事件發生後，學校應視實際需要，結合相關資源，對學生雙方及其法定代理人進行教育、輔導，包括心理諮商、性別教育、性教育、情感教育及親子溝通技巧。（八）事件處理過程，

學校應注意當事人隱私，遵守保密義務，避免學生雙方受到同儕議論或標籤化。」

而在說明中，其直接指出：「刑法第二百二十七條屬告訴乃論之罪，註記之目的在於延緩司法程序之發動。因為兩小無猜行為宜先以學校教育、輔導介入為宜。」並認為「學校性平會處理學生發生刑法第二百二十七條事件時，為減輕學生受到二度傷害，應強調處理而非懲處之精神，若對事實無疑義，即可以會議紀錄結案。提醒法定代理人訴訟勢必會影響學生之學習，但不必確認其是否提出告訴，蓋此非學校之權責，尊重法定代理人之訴訟權利。相關程序依據性平法第二十九條、第三十條及防治準則第十九條、第二十一條規定。家長採取司法訴訟途徑時，學校應注意學生之課業、人際與心理輔導。」若是法定代理人仍堅持提出告訴，學校也應「積極協助與輔導學生因訴訟造成之影響，以維護學生之受教權益。」

觀察教育部的立場，其對於是否兩小無猜是否應該進入司法程序，係採取「尊重但不建議」之態度，清楚陳述兩小無猜應由學校先介入，並提醒法定代理人訴訟所會造成的負面效應（影響學生心情與課業等等），顯示學校對於司法的介入較為保留。

第二節 社政及衛福等單位依據性侵害犯罪防治法的處理

第一項 通報責任

當疑似刑法第 227 條的案件發生時，性侵害犯罪防治法第 8 條以及兒童及少年福利及權益保障法第 53 條同樣規定醫事人員、社工人員、教育人員、保育人員、警察人員、勞政人員、司法人員、移民業務人員、矯正人員、村（里）幹事人員等負通報義務，常見的是當青少年懷孕時至婦產科求診，醫事人員發

現青少年發生性行為時未滿 16 歲時，即可能屬於違法刑法第 227 條之性侵害犯罪，因此依法需要通報。

然而在實務上即有醫師為未滿 16 歲的青少年墮胎而未通報，事後遭青少年就讀學校舉發，遭到罰鍰，引起婦產科醫師譁然，婦產科醫學會請求衛福部解釋，然而衛福部仍堅持此種情況需依法通報，以提高醫事人員對性侵害犯罪之敏感度，然而婦產科醫師們擔心，此種「老公務員」的思惟恐引發負面效應，諸如：1、侵害病人隱私，破壞醫病關係。2、造成寒蟬效應，青少年懷孕或生病不敢尋求正當醫療協助，轉而不看診、尋求密醫、自行服用墮胎藥，對青少年健康造成更大傷害等等。中華民國醫事法律協會理事長（同為婦產科醫師）高添富認為：「少女若遭性侵，那還得了，我們同意一定要通報，這是義務也是責任。但是，有時少女只是來做個產檢，連少女的父母親都簽同意書了，我們只管醫療，還要去通報人家的家務事？家屬不暴跳如雷才怪¹⁰⁷。」但另一方面，衛福部的考量是青少年懷孕原由不一，有必要通報使中央主管機關能夠及早介入評估處置，提供中止懷孕的心理復原、兒少孕產期之心理輔導與涉及法律訴訟的司法協助等等（參照衛護部字第 1040016069 號函¹⁰⁸），仍堅持一律通報之立場。

第二項 對被害人之陪同與保護

性侵害犯罪防治法第 15 條規定，被害人法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親、家長、家屬、醫師、心理師、輔導人員或社工人員得於偵查或

¹⁰⁷ 壹週刊（2015），〈《不要管太多》少女懷孕一律通報 莫名其妙〉，載於：

<http://www.nextmag.com.tw/magazine/business/20150903/25006312>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

¹⁰⁸ 臺灣婦產科醫學會（2015），〈衛福部函：未滿 16 歲者不論是否為合意性行為皆屬法定通報〉，載於：http://www.taog.org.tw/News/gov_content.asp?id=444（最後瀏覽日期：2018/01/12）

審判中，陪同被害人在場，並得陳述意見(第 1 項)，但當得陪同在場之人為性侵害犯罪嫌疑人或被告時即不適用(第 2 項)，而在被害人為兒童或少年時，除顯無必要者外，直轄市、縣(市)主管機關應指派社工人員於偵查或審判中陪同在場，並得陳述意見(第 3 項)。因此在刑法第 227 條之案件中，被害人為未滿 16 歲之兒少，依法均有社工陪同面對司法程序，提供兒少情緒支持以及相關資源的連結，例如觀察當事人身心反應，如評估有心理諮商或治療之必要時，連結第二線的心理師進行個別諮商。另外性侵害犯罪防治法也有針對被害人的相關保護規定，例如醫院應提供安全及合適的就醫環境(第 10 條)、執行職務之單位與媒體對被害人資訊的保護(第 12 條、第 13 條)、偵查或審判階段的隔離詢問(第 15-1 條、第 16 條)、審判中禁止對被害人有性別歧視之陳述(第 16-2 條)、核發心理復健、訴訟及律師等費用之補助(第 19 條)。

第三項 對加害人的監督與治療輔導

性侵害犯罪防治法部分條文修正案係於民國 100 年(2011 年)10 月 25 日經立法院三讀通過，並於民國 101 年(2012 年)1 月 1 日施行，該次修正背景係因性侵害犯罪率居高不下，且嚴重的性侵害案件如葉姓少女案¹⁰⁹亦引起社會高度關注以及民眾的被害恐慌，因此使政府不得不正視假釋出獄或由社區處遇的性侵害加害人之追蹤、列管、危險評估與治療等問題。此次的修正主要是擴大各種社區處遇的適用，如將科技設備監控列為獨立處遇方式、擴大預防性測謊

¹⁰⁹雲林縣葉姓女童遭剛假釋出獄的加害人性侵並殺害，該名加害人係性侵累犯，其於民國 85 年、91 年分別犯下性侵少女之案件，但假釋出獄一個多月後隨即再犯本案。聯合新聞網，少女性侵命案 林國政 7 度評估會再犯，網址：

<http://udn.com/NEWS/NATIONAL/NATS1/6228815.shtml#ixzz2TGuO1gos> (最後瀏覽日期：2018/01/12)

實施對象，並將易服社會勞動者、違反性騷擾防治法第 25 條者及少年犯性侵害犯罪者均列為應接受身心治療或輔導教育之對象。

針對兩小無猜案件之加害人（少年觸犯刑法第 227 條）的監督與治療輔導，說明如下：

一、經裁定保護處分之少年準用身心治療或輔導教育規定

提到讓少年接受身心治療或輔導教育的理由，論者大多會引用國內外的相關研究，指出許多成人性犯罪者在青少年時期即出現性偏差行為¹¹⁰，考量到少年正處於成長階段，尚富有可塑性，其態度與認知有很大的調整空間，若能在早期發現性偏差行為時予以介入，應該可以減少日後的再犯比例，值得投入專業輔導資源¹¹¹。關於經裁定保護處分之少年的身心治療與輔導，說明如下：

（一）、職掌人員

¹¹⁰例如我國法務部矯正署製作的「性侵害少年加害人司法處遇業務專案報告」，內文中所引用的國外研究有：「約 20% 犯罪者在少年時期有性犯罪紀錄（Groth, 1982）；約有 55% 成人性侵害罪犯第一次的犯罪是在少年時期（Cellini, Schwartz, Readio, 1995）；約有 50% 成人性侵害罪犯自述第一性侵害犯罪發生於少年時期（Fehrenback, Smith, Monastersky, 1986）。Righthand & Welch（2001）指出青少年性侵害加害人及早接受相關治療處遇，其再犯性侵害犯罪的比率顯然大幅降低；O'Callaghan & Print（1994）強調性侵害少年早期治療重要性，不僅係為達預防再犯，更重要是在青少年行為、態度以及思考系統尚未根深蒂固前介入，其預後較佳。」但國外學者也有不同意見，例如 Hunter, J. A.（1999）認為性侵害行為雖然可能在早期發展過程中出現，但沒有令人信服的證據可以表明大部分的青少年性犯罪者會轉變為成年性犯罪者，Hunter 認為這種對青少年性犯罪者的危險評估可能因為過度依賴回顧性研究而被誇大了，因為縱向研究表明青少年的性侵害行為並非持續性的，而是經常在進入成年期就會停止。參考 Hunter, J. A.（1999）. Understanding juvenile sex offenders: Research findings and guidelines for effective management and treatment. *Dev. Mental Health L.*, 19, p.18.

¹¹¹ 我國的法官、學者亦贊同早期介入治療，如陳美燕（2010），〈對少年性侵害加害人治療輔導處遇修法之一、二議〉，《司法周刊》，第 1485 期。鄭瑞隆（2006），〈少年性侵犯行之成因、評估與矯正處遇〉，《亞洲家庭暴力與性侵害期刊》，第 2 卷第 1 期，頁 65-92。

身心治療或輔導教育由加害人戶籍所在地之直轄市、縣（市）主管機關所辦理，目前大多由各縣市政府的家庭暴力暨性侵害防治中心所主理，並再聘請或委託評鑑合格之精神科門診或專科醫院、領有醫事、社工相關專業證照或具有性侵害犯罪防治實務經驗之專業人員、機構或團體進行身心治療或輔導教育¹¹²。監獄、感化教育機構、以及直轄市、縣（市）主管機關則應成立性侵害加害人評估小組，由直轄市、（市）政府性侵害防治中心醫療服務組組長擔任召集人，並遴聘至少五人以上熟稔性侵害犯罪特性之精神科專科醫師、心理師、社會工作師、觀護人、少年保護官及專家學者等組成¹¹³。評估小組之評估，應參酌加害人之判決書、前科紀錄、家庭生長背景、婚姻互動關係、就學經驗、生理及精神狀態評估、治療輔導紀錄及加害人再犯危險評估等相關資料，除顯無再犯之虞或自我控制再犯預防已有成效者外，作成應接受身心治療或輔導教育之處遇建議¹¹⁴。

（二）、執行內容

身心治療或輔導教育之內容包括認知教育、行為矯治、心理治療、精神治療或其他必要之治療及輔導教育¹¹⁵。以臺灣高雄少年及家事法院制定「高雄少年及家事法院性侵害事件少年身心治療及輔導教育要點」為例，因性侵害事件經裁定保護處分之少年，應經由法院少年調查保護官組成之「性侵害事件初評小組會議」進行初評，初評的過程主要是由少年所屬調查保護官針對少年之行為、身心狀態、家庭背景、在校（或就業）狀況與交遊環境做報告，再與其他小組成員依據「少年性罪犯危險評估量表第二版（Juvenile Sex Offender

¹¹²性侵害犯罪加害人身心治療及輔導教育辦法第3條

¹¹³性侵害犯罪加害人身心治療及輔導教育辦法第4條

¹¹⁴性侵害犯罪加害人身心治療及輔導教育辦法第5條

¹¹⁵性侵害犯罪加害人身心治療及輔導教育辦法第2條

Assessment Protocol-II, J-SOAP-II)」進行評估，依照初評結果，若認無移送高雄市性侵害防治中心施予身心治療或輔導教育評估之必要時，少年調查保護官應通知少年參加法院內的性別教育相關課程六到十二小時。但依據初評結果認有移送高雄市性侵害防治中心施予身心治療或輔導教育評估之必要時，少年調查保護官應簽經法官同意後，依性侵害犯罪防治法第 20 條第 2 項之規定，函請高雄市性侵害防治中心進行評估。高雄市性侵害防治中心若評估結果無施予身心治療或輔導教育之必要時，應通知少年調查保護官，少年調查保護官仍應通知少年參加院內性別教育相關課程六到十二小時。若是因性侵害事件經裁定感化教育之少年，依性侵害犯罪防治法第 20 條第 5 項之規定，其評估係交由感化教育機構辦理之。關於身心治療或輔導教育的具體實行，以高雄地區為例，分述如下：

1、少年法院內的性別教育團體課程

依照高雄少年及家事法院之作法，妨害性自主案件之受保護處分少年若經評估認定無施予身心治療或輔導教育之必要，則於保護處分執行期間仍需接受六至十二小時的性別教育課程，課程內容以單次性講座為主，主題包含性暴力之預防、身體與心理界限、性侵與家庭暴力、青少年性與愛之迷思、避孕與性病防治、性別平權等等，授課講師除了少年保護官、心理輔導員外，也會外聘社工師、諮商心理師、精神科醫師、婦產科醫師、相關領域教授等專業人員，增加課程的廣度及深度。

2、社區身心治療與輔導教育

目前高雄市政府社會局家庭暴力及性侵害防治中心係將性侵害加害人的身心治療與輔導委託高雄市政府衛生局辦理，由衛生局列管並派專業治療師執行處遇，處遇的形式包含開放式團體與個別輔導，並分為初階課程與進階課程，

經過初階輔導教育課程者需提報性侵害加害人評估小組進行評估，若經評估會議通過者，則可結案，若評估會議未通過，則需依據其決議另為適當之處遇或至進階之處遇繼續治療¹¹⁶。

二、少年排除性犯罪者登記與報到之適用

民國 100 年（2011 年）性侵害犯罪防治法的一大修法重點在於擴大應辦理登記報到之加害人範圍，但不變的是犯罪時未滿十八歲者並不適用，因此觸犯兩小無猜案件之少年並不需要應定期向警察機關辦理身分、就學、工作、車籍及其異動等資料之登記及報到，如此設計才與少年事件處理法的保密原則¹¹⁷、前科塗銷規定¹¹⁸不相扞格。但值得一提的是，觸犯刑法第 227 條之行為人原也不在登記報到之列，但是修法後將「曾犯刑法第二百二十七條之罪再犯同條之罪之加害人」納入，其修法理由謂：「目前國人生理發育早熟，依統計數據分析，性侵害被害人以國、高中生比率為最高，其中不乏因兩情相悅而誤蹈法網之案件，倘十八歲以上之人因不諳法令而犯刑法第二百二十七條之罪者，即須辦理登記報到，並將登記資料提供查閱，即與本條係以外部監控措施以預防加害人再犯之立法意旨有違，亦與比例原則未盡相符，惟如係再犯者，即具較高之危險性，應對其實施外部監控措施，爰將之列為第二項之登記及報到範

¹¹⁶蕭如婷、蔡景宏（2014），〈性侵害事件少年評估與處遇〉，《亞洲家庭暴力與性侵害期刊》，第 10 卷第 2 期，頁 148。

¹¹⁷ 少年事件處理法第 83 條：「任何人不得於媒體、資訊或以其他公示方式揭示有關少年保護事件或少年刑事案件之記事或照片，使閱者由該項資料足以知悉其人為該保護事件受調查、審理之少年或該刑事案件之被告。違反前項規定者，由主管機關依法予以處分。」

¹¹⁸少年事件處理法第 83 條之 1：「少年受第二十九條第一項之轉介處分執行完畢二年後，或受保護處分或刑之執行完畢或赦免三年後，或受不付審理或不付保護處分之裁定確定後，視為未曾受各該宣告。少年法院於前項情形應通知保存少年前科紀錄及有關資料之機關，將少年之前科紀錄及有關資料予以塗銷。前項紀錄及資料非為少年本人之利益或經少年本人同意，少年法院及其他任何機關不得提供。」

圍。」由此觀之，能察覺立法者看待觸犯刑法第 227 條此種具合意性、非暴力之行為人（縱使是成年人）相比起其他性犯罪之行為人有所區別，在態度上也較為寬容。

從上文說明可以瞭解性侵害犯罪防治法在少年的適用，主要會聚焦在身心治療與輔導教育上，至於測謊、電子監控、向警政機關登記報到等監督手段則不適用於少年，因此對少年行為人之監督與其他處遇主要仍落在少年法院的保護處分之執行範疇。

第三節 法院依據少年事件處理法的處理

第一項 少年事件處理法之精神與原則

在談少年法院如何處理兩小無猜案件之前，本文認為有必要先介紹少年事件處理法的精神與原則，因為以下要介紹的審前調查、調查與審判、保護處分之執行等程序都受到少事法精神所主宰，也會影響我們在少年司法中用什麼樣的角度看待兩小無猜案件之問題。

少年事件處理法第 1 條直接闡述該法的精神在於「保障少年健全之自我成長」，但何謂健全成長呢？學者李茂生指出，成人干預的方式（調整少年的成長環境、矯正少年的性格），目的不在決定少年的未來，而是在保障其多樣性、不確定的自主發展（讓少年做他自己），且確保國家或社會給予適當支援。為了實踐該目的，少事法以危機少年為核心，當第一層系統（親密關係中的保護者、教育人士，通常指父母及老師）無法發揮作用或能力不足時，才由第二層系統（國家司法以及矯治行政）提供援助，此為同心圓結構¹¹⁹。為了讓

¹¹⁹ 李茂生（2008），〈新少年司法與矯治制度實施十年的光與影〉，《林山田教授紀念論文集》，頁 588-589。

同心圓結構得以發揮協助少年健全成長的功能，具體的作法便是成立專業的少年法院，並以少年事件處理法創造司法福利系統的空間¹²⁰，加入濃厚的福利色彩，規定少年法官應具有少年保護之學識、經驗及熱忱，並加入具有社工或心理背景的少年調查官輔助法官做成符合少年最佳利益之處遇，亦在法條中明定調查官、保護官甚至輔佐人之職責，組成功能健全之少年法院。

少年法院（庭）是處理少年事件的專設機構，少年事件又可分為少年觸犯刑罰法律之事件（觸法事件）、少年有觸犯刑罰法律之虞之事件（虞犯事件），統稱為少年保護事件，但少年事件處理法第 27 條規定，少年法院依調查之結果，認少年觸犯刑罰法律，且有犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪或事件繫屬後已滿二十歲之情形時，應以裁定移送於有管轄權之法院檢察署檢察官。除此之外，少年法院依調查之結果，如認少年犯罪情節重大，參酌其品行、性格、經歷等情狀，以受刑事處分為適當時，亦得以裁定移送於有管轄權之法院檢察署檢察官。此稱為少年刑事案件。另外因為我國刑法規定最低刑事責任年齡為 14 歲，犯罪時未滿 14 歲之少年，並無本條之適用。以刑法第 227 條第 1 項為例，其法定刑為三年以上十年以下有期徒刑，非屬最輕本刑五年以上有期徒刑之重罪，因此少年觸犯刑法第 227 條第 1 項時，原則上會依據少年保護事件處理。

少年法院對於少年之觸法事件或虞犯事件並不主動予以受理、調查或審理，而是須經少年事件處理法第 17 條、第 18 條之「報告」、「移送」與「請求」，或是抗告法院之重新發回等程序，少年法院始得據以受理、繫屬。少年

¹²⁰ 李茂生（2001），〈我國少年事件處理法的檢討與展望—以刑事司法與福利行政兩系統之交錯為論點〉，《月旦法學雜誌》，第 74 期，頁 30-31。

法院享有「先議權」，亦即少年觸法後一律由少年法院的優先處理（非由檢察官先行偵查），而法官除非認定有上述少年事件處理法第 27 條之情形，才會再逆送檢察官，否則即會以保護事件處理，此為保護優先原則。

兩小無猜案件可概分為兩種情形，一是一方已經滿 16 歲，另一方未滿 16 歲，發生性行為後，已滿 16 歲卻未滿 18 歲的少年觸犯刑法第 227 條，經未滿 16 歲之被害人（或其法定代理人）提出告訴。二是雙方當事人均未滿 16 歲，發生性行為後雙方均為觸犯刑法第 227 條之行為人，且互相提出告訴。一般來說，少年會由法定代理人、社工陪同，先在警局製作筆錄，再由警局依據少年事件處理法第 18 條第 1 項移送至有管轄權的少年法庭（院）。另一種常見狀況是，檢察官在辦理成年人觸犯刑法第 227 條案件時，因詢問被害人而得知其在未滿 16 時，亦曾與其他未滿 18 歲之人發生性行為，被害人或其法定代理人決定提告，此時因對象為未滿 18 歲之人，少年法庭（院）享有先議權，故檢察官也必須將案件移送至少年法庭（院）。

第二項 收案與審前調查

案件繫屬後會先分案由少年調查官進行審前調查，調查的內容依據少年事件處理法第 19 條，包含該少年與事件有關之行為、其人之品格、經歷、身心狀況、家庭情形、社會環境、教育程度以及其他必要之事項。調查的方法除了透過個別晤談，觀察少年的外表與言行態度，了解少年對事情經過的描述、感想之外，也會透過與家長會談，針對少年的家庭環境做深入了解，包含家庭成員背景、家人間日常互動、管教態度與方式，如果是兩小無猜案件，也會再詢問家長平時如何與少年討論性議題，以及家長對案件的態度及想法。若少年是在學學生，調查官會發函給學校請求少年平時的學行資料（學習成績、獎懲紀

錄、出缺席紀錄以及輔導紀錄等等），必要時調查官會再透過訪談學校人員(例如導師或輔導老師)，以進一步了解少年的在校狀況以及學校對少年的態度¹²¹。

另外於筆者服務之高雄少年及家事法院，調查案件均會委由心理測驗員進行心理測驗，測驗內容除了基本的賴氏人格測驗、父母管教態度測驗以外，針對妨害性自主案件會加測柯氏性別關係量表¹²²。（調查官除了在做處遇意見時會參考心理測驗報告外，也會將之一併附於調查報告中提供予法官）。當資訊搜集完備之後，少年調查官會針對少年的行為成因以及需保護性進行綜合分析，例如家庭是否具有功能、依附程度高低、少年的在校適應狀況、人際互動情形、交遊環境單純或複雜、是否有偏差次文化認同、對性有無偏差認知、犯後態度如何等等，做出處遇意見並提出調查報告供法官開庭裁量之參考。

第三項 調查與審理階段

法官依法得傳喚少年及其法定代理人到場，若少年經合法傳喚而無正當理由不到場者，少年法院法官得發同行書，強制其到場，如少年行蹤不明，則得

¹²¹ 依筆者承辦相關案件之經驗，有些家長與學校十分積極，除了安排性別教育、專輔老師之外，也另外連結心理諮商、醫療等資源進入。但有些家長與學校則是較為消極，認為既然已經進入司法，即不需要再為任何處理，靜待司法判決即可。這些態度上的不同，背後動機不一而足，「積極」可能是希望給少年良好的機會教育，但也可能是希望換取較輕的司法處遇（甚至不介入）、打擊對方的控訴，「消極」可能是因為覺得不光彩（家醜不外揚、影響校譽），也可能是基於對司法的尊重或期待。每一個案件背後不只是一位少年，也涉及了一個家庭、一間學校，以及他們彼此的長久以來的人際互動，調查官除了搜集資料外，也需要覺察、解讀其中的「眉角」，因為這些資訊都會影響調查官在處遇上的建議。

¹²² 包含衝動性指標：物質使用、神經質因素、反社會傾向、衝動性、性侵害傾向強、享樂意願等六個分量尺，以及規範性指標：性侵者內在問題、性侵害責難、正常量尺、男女平等態度等四個分量尺。參考邱惟真（2017），《柯氏性別關係量表之建構與信效度之檢驗（少年版）》，臺北：淡江大學出版中心。

以協尋通知書，通知各地少年法院、檢查以及警察機關協尋之，並將尋獲少年護送到庭。於法庭訊問少年時，由於兩小無猜屬於妨害性自主案件，故會與被害人（同案相對人）隔離以科技設備視訊訊問¹²³，以避免雙方以及其法定代理人直接接觸、產生不當言詞或情緒過於激動，造成少年或被害人之二次傷害。

於調查證據方面，少年事件處理法第 24 條規定：「刑事訴訟法關於人證、鑑定、通譯、勘驗、證據保全、搜索及扣押之規定，於少年保護事件性質不相違反者準用之。」因此少年觸法行為之認定也須依據刑事訴訟法第 154 條依證據認定之，如屬證物，應提示少年令其辨認，如屬文書之類，而少年無法理解其意義，應告以要旨並訊問有無意見，如屬人證，應傳喚證人訊問之等等，就證據為調查程序後，應就證據之證明能力、證明力予以判斷，並依據論理法則及經驗法則推論¹²⁴。少年法院應調查必要之證據且少年應受保護處分之原因、事實，應依證據認定之（少年事件處理法第 37 條）。另需要注意的是，少年保護事件仍是以少年為主體，故須由少年為主要之陳述，待少年陳述完畢後，法官會再詢問其法定代理人及輔佐人有無意見或補充。

少年法院依調查之結果，認為無付保護處分之原因或以其他事由不應付審理者，應為不付審理之裁定¹²⁵。若少年法院依少年調查官調查之結果，認為情

¹²³性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項：「對被害人之訊問或詰問，得依聲請或依職權在法庭外為之，或利用聲音、影像傳送之科技設備或其他適當隔離措施，將被害人與被告或法官隔離。」另外法院有保護當事人安全出庭之環境與責任，當事人可以於庭期前向承辦股書記官報告事實請求保護，承辦法官會以書面或口頭知會法警辦理保護事宜，在等候及出庭時法警均會妥善安排，視情況法官會做適當處理，如指示法警陪同出庭或隔離、視訊訊問。開完庭後法警也會協助安全離開法院（例如前後離開法院，避免碰面）。參考高雄少年及家事法院網站：

<http://ksy.judicial.gov.tw/chinese/cp.aspx?n=10351&s=441>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

¹²⁴ 劉作揖（2010），《少年事件處理法》，臺北：三民，頁 126-127。

¹²⁵ 少年事件處理法第 28 條。依少年保護事件審理細則第 21 條，指的是一、報告、移送或請求之要件不備，而無法補正或不遵限補正者。二、本法第三條第一款之事件，如屬告訴乃論之

節輕微，以不付審理為適當者，亦得為不付審理之裁定，並為下列處分：1、轉介兒童或少年福利或教養機構為適當之輔導。2、交付兒童或少年之法定代理人或現在保護少年之人嚴加管教。3、告誡。以上處分均係交由少年調查官執行。且少年法院為上述裁定前，得斟酌情形，經少年、少年之法定代理人及被害人之同意，命少年為以下事項：1、向被害人道歉。2、立悔過書。3、對被害人之損害負賠償責任。此種因為少年所犯情節輕微，且依少年調查官調查之結果，認為少年需保護性尚低¹²⁶，司法不需積極介入而僅予以告誡、交家長管教或轉介社福機構輔導的裁定，有學者稱之為「轉向處分」，目的在於去標籤化、避免微罪初犯之少年過早進入司法體系，並讓少年有機會獲得福利性質之處遇，以少年的各項福利需求為導向，透過社福單位提供適當策略及方案，促使個體與環境改變，以避免少年日後產生更嚴重的犯罪行為¹²⁷。

然而若少年法院依調查之結果，認為應付審理者，應為開始審理之裁定（少事法第 30 條）。法官在踐行少年保護事件之調查時，以不公開為原則（少事法第 34 條），且不拘開庭形式，不需著法袍，應以和藹懇切之態度進行（少事法第 35 條）。少年法院之一大特色在於，其審理是以「協商式審理」模式進行，法官於審理前會先透過少年調查官提供之調查報告了解非行少年之各項狀

罪未經告訴或其告訴已經撤回或已逾告訴期間，而於裁定前已滿二十一歲者。三、本法第三條第二款之事件，裁定前少年已滿二十一歲者。四、同一事件，業經有管轄權之少年法院為實體上之裁定確定者。五、少年因另受感化教育處分之裁判確定，無再受其他保護處分執行之必要者。六、少年現居國外，於滿二十一歲前無法回國，事實上無法進行調查，或罹疾病，短期內顯難痊癒，無法受保護處分之執行，或已死亡者。七、其他不應或不宜付審理之事由。以上情形應諭知不付審理之裁定。

¹²⁶ 需保護性低的判斷可能來自少年本身有積極的修復能力、家庭具有管教功能、社會支持系統完善、無其他偏差行為、少年身心狀況特殊宜由福利系統介入等等。

¹²⁷ 胡中宜（2009），〈少年微罪轉向制度在臺灣之實施經驗：回顧與分析〉，《社區發展季刊》，第 128 期，頁 152。

況，在開庭時由法官主導，在少年調查官、少年、少年之法定代理人或現在保護少年之人及輔佐人共同參與下，經由充分溝通與討論，尋求對於該少年最有效的輔導矯治方式。採行該模式之目的在於，藉由少年及其法定代理人或現在保護少年之人的參與和認同，提高少年對於後續輔導處遇的配合度，並感受到被尊重¹²⁸。

少年法院審理終結後將做出最後之裁定，除了前述依少年事件處理法第 27 條之情形移送有管轄權之地方法院檢察署檢察官外，若認為事件不應或不宜付保護處分者，應以裁定諭知不付保護處分（少事法第 41 條），相反地，若少年法院依審理結果認定少年觸法行為或虞犯行為確實成立，並屬保護事件之性質，應付保護處分，則可依少年事件處理法第 42 條規定，裁定保護處分如下：

- 1、訓誡，並得予以假日生活輔導。
- 2、交付保護管束並得命為勞動服務。
- 3、交付安置於適當之福利或教養機構輔導。
- 4、令入感化教育處所施以感化教育。

另外少年如染有煙毒或吸用麻醉、迷幻物品成癮，或有酗酒習慣者，得裁定令入相當處所實施禁戒。若是少年身體或精神狀態顯有缺陷者，亦得裁定令入相當處所實施治療。

兩小無猜案件之少年可能經少年法院裁定何種處分？主要仍是依據個案之情形、少年的需保護性做綜合判斷，以下試舉兩個不同案例¹²⁹說明：

案例一：

¹²⁸ 參考高雄少年及家事法院網站：<http://ksy.judicial.gov.tw/chinese/cp.aspx?n=10351&s=432>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

¹²⁹ 依據筆者實際工作案例改編，相關資訊均以改寫，未指涉特定個人，僅作為舉例說明之用。

小玉（女，13歲）為國一學生、小明（男，15歲）為高一學生，兩人均無前科。某日兩人經朋友介紹而認識並進而交往成為男女朋友，兩人利用暑假期間出遊，下午時返回男方家休息，在兩情相悅之狀況下發生性行為，造成小玉懷孕，懷孕五個月時雙方家長方得知此情形，經由校方通報且召開性平會、社工介入，後經雙方家長至警局製作筆錄並提出告訴，案件由警方函送進入少年法院。

調查發現小玉成長於單親家庭，父親忙於工作而疏於陪伴，導致小玉渴望異性關係以滿足親密需求，惟查小玉平時並無晚歸、外宿或逃家等狀況，經本案後父親也有所反省並多花時間陪伴小玉，且針對本案引發的親子衝突，父女也接受社工之建議，進行親子諮商，家庭功能尚能發揮，加上小玉生產後即復學，受教權未受影響，學校也善盡保密與輔導義務，小玉在校適應狀況佳，無缺曠課情形，現每週接受專輔老師個別輔導，強化性別平等知能與產後身心調適（小玉產子後小孩即在社工協助下出養，後續小玉也因其他原因而與小明分手。）另查小玉交友以學校同學為主，雖偶經朋友介紹而認識高職青少年，但均從事正當休閒活動，整體交遊仍屬單純，無明顯偏差。少年法院考量家庭、學校、社福單位已積極介入教育輔導，支持系統完善，小玉之作息與生活也逐步恢復正常，需保護性低，司法系統無介入之必要，裁定不付審理並予以告誡。

案例二：

小麗（女，13歲）為國一中輟生，阿甫（男，15歲）現高職休學，目前偶爾打零工，兩人均無前科。小麗中輟期間經常外宿於男朋友阿甫家中，兩人在合意情況下數次發生性行為，造成小麗懷孕，經雙方家長發現後相互提告妨害性自主，至警局製作筆錄，警方通報社會局派社工介入處理，並將案件函送少

年法院。少年法院調查發現，小麗成長於隔代教養家庭，父母離婚，監護權歸父親所有，但父親因毒品案在監執行，小麗由祖母扶養成長，家境貧困，祖母年邁，與小麗代溝頗大，加上祖母因心有虧欠，故在管教上十分溺愛，鮮少約束小麗，造成小麗規範意識不足，並經常外宿於朋友家中，也因對學習缺乏興趣，故常曠課在外遊蕩，經學校通報中輟。小麗在社工告知相關資訊並與祖母討論後，決定終止懷孕，在休養後返回學校上課。惟小麗復學後在校狀況不佳，常因在校抽菸、服儀不整而遭記過，加上曾經墮胎一事傳開，遭受同學異樣眼光，使小麗更加不喜歡到校，目前僅兩天到校一次以規避中輟，到校時就待在輔導室。小麗的家庭仍無約束功能，故小麗仍經常外宿於朋友家（多為同社區的中輟青少年或不明網友），另根據學校老師之輔導紀錄顯示：「小麗透露有去做傳播或酒店小姐的想法，因為身邊有不少朋友在做，賺得也多...，與小麗討論八大行業的風險與觸法問題，小麗顯得不以為意，令人擔心。」足見少年的認知已受到偏差次文化影響，存在相當危險因子。少年法院考量小麗的家庭功能薄弱，對學校依附性不佳、交遊環境複雜等狀況，需保護性高等，裁定安置輔導，讓小麗安置於機構，並轉學至機構所在學區之國中，完成學業。

從上述兩個案例看小美與小麗的狀況¹³⁰，應該可以發現兩人的觸法的事實內容類似，但因為需保護性差別巨大，故導致法院作出不同的處分，以分別達到協助少年健全成長的目的，在處分的選擇上，從保護觀點來看，其實沒有輕重之分，考量的重點在於適合與否。

¹³⁰ 補充說明：因為少年成長係一動態性的過程，變數頗多，少年法院有時會裁定交付觀察或是拉長庭期，藉此觀察少年的犯後態度、接受輔導之情形、並予以適當監督，做行為約定以考核少年之表現，作為日後處遇裁定之參考。

第四項 保護處分之執行

關於各項保護處分之目的與執行方式，說明如下，並針對兩小無猜案件於執行中可能面臨之問題予以提出：

第一款 訓誡/訓誡並予以假日生活輔導

訓誡係由法官執行，於指定期日通知少年及法定代理人到場，法官當庭向少年指明其行為不當之處，並以淺顯易懂之言語加以勸導、告知法律後果，並將曉諭少年應遵守之事項，以書面告知少年及其法定代理人或現在保護少年之人。

假日生活輔導係由少年保護官或交由適當之機構或個人執行，法定次數為3至10次，利用國定例假日或少年不需就學或就業之日期進行，請少年至法院進行個別輔導或團體課程，施以品德教育、法治教育並得為勤勞輔導，使其養成勤勉的習慣及守法精神，其實際執行次數視輔導成效而定。以高雄少年及家事法院為例，其課程內容十分多元，由少年調查保護官、心理輔導員等輪流授課，有時也外聘講師辦理講座，內容除了法治教育外，也有生涯規劃、時間管理、交通安全、親密關係、正當休閒等符合青少年需求之課程，並搭配一定次數之個別晤談，掌握少年個別狀況，以讓短期輔導達到最佳成效。若少年無正當理由拒絕接受訓誡、假日生活輔導，少年法院（庭）得核發勸導書。勸導無效者，得裁定留置少年於少年觀護所，予以5日以內之觀察。

若是兩小無猜案件之少年接受假日生活輔導之處遇，其經評估需接受社區身心治療與輔導教育者，則少年保護官會監督少年確實接受處遇課程，至於少年接受衛生局治療師之社區處遇課程，是否納入假日生活輔導之次數計算？實務上有所爭議，目前高雄少年及家事法院係由少年保護官個別裁量折抵假日生活輔導之次數。另外，若少年經評估不需接受社區身心治療與輔導教育，則少

年保護官除了一般假日生活輔導課程外，亦會為少年安排六至十二小時的性別教育課程，此種課程則可以折抵假日生活輔導之次數。

第二款 保護管束/保護管束並命勞動服務

保護管束是以長期監督、輔導取代監禁處分，期待少年能改善之行為，由少年保護官或交由適當之機構或個人執行，監督少年遵守法院指定之事項，輔導其重新適應社會生活。保護管束第一次執行時即會告知少年應遵守事項¹³¹以及相關法律後果，並與少年約定每月報到時間（原則上每月 1-2 次，依少年狀況訂定輔導頻率），執行期間應與少年常保接觸，注意其行動，隨時加以指示，並就少年之觀念、就學、就業、就醫、就養、交友等事宜，予以相當輔導。若少年並受勞動服務之裁定，則少年需於法院指定之機構或團體提供 3 小時以上，50 小時以下之勞動服務。整體保護管束執行期間不得超過 3 年或少年屆滿 21 歲。執行已逾 6 月而有成效，認無繼續之必要；或因事實上原因以不繼續執行為宜者，得聲請免除執行。若少年在保護管束期間違反應遵守事項，不服從勸導達 2 次以上，而有觀察必要者，少年法院（庭）得裁定留置少年於少年觀護所，予以 5 日以內之觀察。若違反應遵守事項情節重大，或曾受上開留

¹³¹少年及兒童保護事件執行辦法第 13 條第 1 項

在保護管束期間，少年應遵守下列事項：

- 一、保持善良品性，不得與素行不良之人交往。
- 二、服從少年法院及執行保護管束者之命令。
- 三、不得對被害人、告訴人或告發人尋釁。
- 四、將身體健康、生活情況及工作環境等情形報告執行保護管束者。
- 五、非經執行保護管束者許可，不得離開受保護管束地七日以上。
- 六、經諭知勞動服務者，應遵照執行保護管束者之命令，從事勞動服務。
- 七、其他經少年保護官指定必須遵守之事項。

置觀察後，再違反應遵守事項，足以認為保護管束難收效果者，少年保護官得聲請少年法院（庭）裁定撤銷保護管束，將所餘之執行期間令入感化處所施以感化教育。

關於因兩小無猜案件而受保護管束處分之少年，其是否應接受社區身心治療與輔導教育或參加法院內性別教育課程，已於本章第二節第三項做過說明，不再贅述。惟當少年保護官在執行此類案件時，通常會與治療師保持聯繫及合作關係，以督促少年出席社區身心治療與輔導教育，另外於個別晤談時也會留意少年與被害人後續的往來狀況，灌輸相關法律常識，避免少年再產生類似非行，如少年情況特殊，有諮商需求，少年保護官亦得請少年法院內部的心理輔導員做進一步個別諮商輔導。

第三款 安置輔導

家庭無法提供適當教養功能而有轉換環境之必要時，可裁定少年接受安置輔導，使少年在福利機構健全成長，以符合保護優先主義之目的。少年保護官收案後即會開始處理將少年送交機構之有關事宜(如健康檢查、戶籍與學籍異動、與機構連絡等)，原則上會通知少年及其法定代理人到院接受安置輔導之執行，當場告知相關法律規定，再將少年護送至安置之機構，並交付相關資料予機構人員。在送交機構執行安置輔導四周內，少年保護官會與安置機構共同擬訂安置輔導計畫，計畫之訂定以使少年重返家庭、學校及參加社會活動為目標。另外機構會按月將安置輔導紀錄表函報少年法院，而少年保護官於執行期間也會經常與機構保持連繫並適時訪視，及時協助機構內發生之問題，掌握安置機構之教養功能、提高輔導成效。安置輔導期間為2月以上2年以下，若執行已逾2月，著有成效，認為無繼續執行之必要者，或有事實上原因以不繼續

執行為宜者，安置機構、少年、少年之法定代理人等得檢具事證，聲請法院免除其執行。另一方面，如安置期滿時認為有繼續安置輔導之必要者，得聲請法院裁定延長，其延長期間不得逾2年。少年在安置輔導期間違反應遵守之事項，情節重大或曾受第55條之3留置觀察處分後，再違反應遵守之事項，足認安置難收效果者，得聲請法院裁定撤銷安置輔導，將所餘之執行期間令入感化處所施以感化教育。

關於因兩小無猜案件而受安置輔導處分之少年在實務上較為少見，通常係因少年的家庭較為弱勢、無法善盡教養功能時，少年法院才會做此裁定。在實務上，許多安置機構對於是否接受妨害性自主案件之少年會有疑慮，因機構平時為團體生活，目前大部分的安置機構都面臨人力緊縮、資源不足的問題，管理不易，若少年有性偏差行為則容易影響其他受安置的園生，亦有可能爆發機構內性侵事件，對安置機構來說是一大危機，因此在評估是否受案時都會特別小心謹慎，若實際收案，也會顧及少年個別狀況予以注意（例如男男同性之兩小無猜案件，若被安置的少年陰性特質較明顯，在機構團體生活中即可能面臨歧視或受霸凌之情況，以及再次與他人合意性行為等風險，因此在機構內的宣導教育、少年床位及室友安排上，均須特別留意）。

第四款 感化教育

感化教育係由桃園少年輔育院、彰化少年輔育院、新竹誠正中學等三所機關執行，其目的在矯正少年不良習性，使其改過自新，並按其實際需要，提供補習教育，協助少年完成國民義務教育，或是授予生活智能、提供職業訓練，使少年具備自謀生計之能力、能適應正常社會生活。感化教育之執行，其期間不得逾3年。少年執行已逾六月，認無繼續執行之必要者，得由少年保護官或

執行機關檢具事證，聲請法院免除或停止其執行。少年或少年之法定代理人認感化教育之執行有前項情形時，得請求少年保護官為前項之聲請。停止感化教育之執行者，所餘之執行期間，應由法院裁定交付保護管束。

依法務部矯正署之資料，民國 105 年（2016 年）因性侵害案件經裁定感化教育之保護處分在校（院）少年有 86 人，其中以觸犯刑法第 227 條對未滿十六歲人性交猥褻罪 43 人最多，占整體人數 50.0%，其中與被害人為情侶關係者 28 人居多、為朋友/同學關係者 11 人次之¹³²。若少年因兩小無猜案件而接受感化教育，則因屬於性侵害案件，需由感化教育機關評估後安排相關身心治療、輔導課程，少年經篩選需進行「身心治療」者，機關會視少年狀況安排至合適治療團體，團體課程分為初階及進階，初階為四個月的基礎教育課程，之後視個案處遇改善程度，決定是否令其進入進階課程，每一療程約為半年至一年不等之時間。少年經篩選需進行「輔導教育」者，除安排類似初階課程內容外，也會安排法治教育、生涯與職場等課程，期間為六個月，原則上每月至少進行兩次¹³³。

第四節 各系統所面臨的實務困境

第一項 學校教育現場

第一款 通報造成的信任破壞與焦點轉移

前文介紹通報責任時曾提到兩個例子，一是老師收到未滿 16 歲的學生喜帖要通報、二是婦產科看見未滿 16 歲少女來產檢也要通報，在這兩種狀況下，不

¹³²法務部矯正署（2017），《性侵害少年加害人司法處遇業務專案報告》，頁 4-5，載於：
www.mjac.moj.gov.tw/HitCounter.asp?xItem=467783。（最後瀏覽日期：2018/01/12）

¹³³ 同前註，頁 7。

管是老師或醫生都被認為「管太多」，但老師與醫生又背負著不得不通報的壓力，否則可能面臨的是行政罰則，這種一律通報的政策，雖然立意良善，希望早期發現潛在的被害黑數，然而卻造成不少實務困擾，尤其是對於在教育第一線的老師而言，假設今天班上有位同學，基於對老師的信任，因而向老師諮詢情感問題，透露已經與伴侶發生性關係，同學期待的是老師給予同理、意見，並幫忙保密，絕對不能讓爸媽知道。然而在現行法律下，老師看到的卻是一個「犯罪行為」必須依法通報。

一名國中基層教師即指出常見的劇情是女學生家長氣沖沖地到校要求佔便宜的男學生付出代價、要求兩人分手不再來往、甚至要求轉班轉學、揚言提告，但也有家長會不好意思地表明自己女兒也「愛玩」，所以不予追究，但不管如何，案件一經啟動，學生就只能面對社工、性平會調查小組的重複詢問¹³⁴，而原本第一時間得知事件的國中老師，要處理的焦點就從學生的原始困擾（或許是小情侶的吵架問題）變成了「一個觸法事件」，老師只能從旁陪伴，安撫面對性平調查的學生及家長，但是學生面對「出賣」自己的老師，師生信任關係又要怎麼修補呢？再者，當學生們也知道老師有通報責任後，為了避免自己的麻煩、保護自己的隱私，自然不會再將老師當作一個求助資源，而是轉

¹³⁴楊嘉宏（2014），〈性別平等不只是法治教育：一個國中基層教師對於性別平等教育的觀察筆記〉，《性別平等教育季刊》，第67期，頁25-29。另外補充，若當事人及其法定代理人真的無意願追究、不希望接受性平會調查程序，則性平會是否一定要開啟？教育部對此作出行政解釋（103年5月26日臺教學（三）字第1030902914號），表明若事件非涉及公益（多人受害，多人涉案，非師對生案件），倘該被害人或其法定代理人業於學校告知權益或說明法定流程時，即已口頭表示不願提出申請調查，則學校之處理人員可協助做成紀錄，並參照校園性侵害性騷擾或性霸凌防治準則第17條第1項之規定，由渠確認後簽名或蓋章，性平會得僅就相關安全之改善、課程教學之落實、校園宣導或輔導等事宜進行討論後，於教育部之回報系統陳報性平會之會議紀錄。

向同儕、網路、校外認識的年長「哥哥」、「姊姊」，我們即難再確保青少年資訊來源的正確性，老師也錯過了能第一時間給予情感教育、性教育的機會。

第二款 校園性別平等教育難以落實

性別平等教育法從公佈至今已經實施 13 年，其目的在於「促進性別地位之實質平等，消除性別歧視，維護人格尊嚴，厚植並建立性別平等之教育資源與環境」，但是在實踐中仍有些需要檢討之處，例如學者指出性平法雖然總共有七章，分別是第一章，總則；第二章，學習環境與資源；第三章，課程、教材與教學；第四章，校園性侵害、性騷擾及性霸凌之防治；第五章，申請調查及救濟；第六章，罰則；以及第七章，附則。然而最知名的仍是第四章與第五章，至於作為「基礎工程」的教育及預防，投入的人力物力相對較少¹³⁵，顯示了我國在性別平等教育仍有許多進步的空間，尤其在教育以及友善校園環境的經營上更需努力，不能等到案件發生後，才極力咎責、檢討。再者也有學者批評調查小組的權力過大、缺乏監督機制，而且所謂的專家學者大多只是曾經接受過性別調查講習課程的教師或性別研究相關學者，而非是真正具有法律專業之人員，但卻執行著帶有「準司法權」色彩的調查，透過約談、訊問申請人、行為人及關係人，以瞭解性別事件的「真相」，有時調查小組成員甚至以法官之姿進行刑堂式的糾問，如此恐怕無法達到性平法的精神，更可能造成當事人的恐懼及創傷¹³⁶。而且這樣的事例並非個案，基層的國中教師指出有些調查小組成員在輕微案件中，也堅持以專家的口吻要求製作鉅細靡遺的類司法筆錄、

¹³⁵ 蘇芊玲（2014），〈性別平等教育法：我的認識、思考與想像〉，《婦研縱橫》，第 101 期，頁 24-30。

¹³⁶ 戴伯芬（2016），〈我們需要什麼樣的性別平等教育？〉，載於巷仔口社會學網站，<https://twstreetcorner.org/2016/11/15/taipofen-6/>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

並謄打逐字稿，甚至在調查過程中責備通報的老師、要求學校宣導近乎守貞的性別教育¹³⁷。

當青少年間的合意性行為被當作觸法行為時，生對生的親密關係必然會被以法律道德的眼光檢視，並強化父權式的保護，進而影響學校對於校園性教育的態度。在性平會上的當事人（兩情相悅的小情侶、被迫出櫃的小同志伴侶）淪陷在互為加害也互為被害的詭異關係，只能在大人面前承認「做錯了事」，而這件錯事就是發生了性行為，於是性的污名又再一次的被深化於這些青少年的心中。相對的，學校面對上級機關的壓力、輿論的指責以及家長的怒氣時，最簡單的就是採取保守的作法，斬斷青少年的性好奇、將性神聖化（真愛值得等待）或是妖魔化（探索情慾將導致濫交、性病...），盡可能讓青少年在大人心中維持著純潔美好的形象，以得到家長的認同，同時也省去行政負擔，但卻忽視了青少年可能在大眾媒體、同儕耳語中接觸到不正確的性觀念，成人們也喪失了理解青少年親密關係脈絡的機會。

第二項 社政服務實務

第一款 非典型兒少保案件的服務價值困惑

在典型的兒少保護案件中，例如違反意願的性侵害案件、家暴案件等等，都存在明顯「對／錯」，有著在天秤兩端的被害人與加害人，社工有立場基於強烈的義務論去提供被害人服務。然而在兩小無猜案件中，社工面對的是「被告的被害人」、「受害的加害人」這樣的案主，有時候提告並非案主所願，而是家長親權的行使，因此社工在陪同案主的歷程中除了要面對案主的抗拒以外，花更多心力的部分有時是在親子關係、家庭衝突。實務上許多案主（青少

¹³⁷楊嘉宏，同前註 134，頁 27。

年)的反應是覺得發生性行為沒有什麼問題，而家長的情緒反應卻非常激動，又或者是家庭本身有一些問題，才讓案主想要反抗、逃離，在此種狀況下，社工的服務重心就從案主轉移到家庭上，不免讓社工有「到底要處理誰的最佳利益」這樣的困惑，以及價值觀的拉扯¹³⁸。一方面社工要同理、關懷案主，尊重其自決，希望以開放的態度與案主討論性議題，但是另一方面也要顧慮法律所設下的對錯二分界線、回應家長親權的期待，讓社工不免感到挫折，也質疑服務目的是否變相地在鞏固某種意識型態，而非兒少的最佳利益¹³⁹。

第二款 社政資源有限下的成本耗費

另一個比較現實的問題是，兒少保護事件眾多、社工人力不足，已是我國社政系統長久以來的問題，而兩小無猜案件中案主的身心狀態比起於性暴力、兒虐的被害人相對平穩，在服務順序上也可能被忙碌的社工放在比較後面的位置，淪為形式上的服務，例如在司法偵審階段才看見社工的身影或是僅提供一些訴訟、福利申請的諮詢，難以深入建立專業關係。尤其就筆者實務中的觀察，此種情形在男性案主上更容易出現，因為兩小無猜中的男性當事人在發生性行為一事上受到「男賺女賠」的觀念影響，並沒有被害的感受¹⁴⁰，在表象上看不出顯著亟待處理的問題時，社工即會傾向從旁觀察、追蹤直到司法程序告一段落後結案，但案主深層的議題卻要長期陪伴、建立關係後才有可能發現。須澄清的是，提出此問題並非要責怪社工不夠努力，而是希望思考如何將資源

¹³⁸ 高宛如(2016)，《「兩小無猜條款」下社會工作人員倫理實踐之弔詭》，頁96，東吳大學社會工作學系碩士論文。

¹³⁹ 同前註，頁98。

¹⁴⁰ 但不代表其面對司法時不焦慮或是沒有個人／家庭議題需要處理。

集中，做更為有效的運用，避免寶貴的社政資源耗費，檢討現行兩小無猜刑罰化的刑事政策缺失。

第三項 司法運作場域

第一款 性污名的深化

兩小無猜案件進入少年法院後是以保護事件處理，盡可能以教育代替懲罰，也透過審前調查，讓少年調查官做專業評估，若需保護性不高，法官可能裁定不付審理並予以轉向處分，而且也有前科塗銷等規定，避免標籤化之問題。然而制度雖然立意良善，但實務上對於許多少年、家長而言，事情鬧到上警局、進法院，標籤已然存在。有時標籤是為了保護少年的必要之惡，少年法院仍有義務介入以協助少年，但期盼標籤如便利貼般可以在日後撕除。

然而因刑法第 227 條而進入少年法院的少年們就比較特別了，因為他們的標籤與性連結在一起，他們的案由是「妨害性自主」，而不管如何盡力避免重複陳述，關於少年間合意性行為的私事，終究必須陳述至少三次（警詢、審前調查、審理期間），而後續的處遇、一次次的開庭，也反覆地提醒他們做錯了「性」這件事，當然基於保護且教育少年的立場，面對少年應該強調「性」本身沒有錯，錯的是發生得太早，違反了法律的規定，可能造成自己或別人身心發展的影響云云，以避免少年對性的錯誤認知或污名，然而當案件尚在調查審理階段，實在難以對少年做細緻的輔導或扭轉其對性的認知，而且家長的性觀念、社會的性道德也沉沉的壓在少年身上。例如，一名哭哭啼啼的母親，正對著他的女兒敦敦教誨：「小小年紀就被人家欺負了，傳出去還能聽嗎，怎麼這麼不懂保護自己，我真的是見笑死（閩南語）不會教小孩...」。或是氣沖沖的父親向少年調查官抱怨：「你知道他們開多少嘛（指女方家長要求的和解

金)？以為她女兒鑲金的哦？我是不方便議論人家啦，但我聽說她女兒平常就隨隨便便，早就不是處女了啦，你看她家長告了好幾個，動機不單純啦，唉...我們家兒子就是笨啦...」這些話語，通通進了一旁低著頭的十五歲男孩耳裡。

成人們如何看待並處理兩小無猜的問題，其實就是一種身教，在訴訟中一來一往的言語，背後傳達的性態度與價值觀，都會深深印在這些尚在發展中的少年腦海裡，影響他們未來看待性別以及親密關係的方式。不幸的是，會進入司法程序的兩小無猜案件，彼此家長很難相互同理、尊重，往往就是在性平會時因為不當言語被激怒或者是在調解時再次受傷，才選擇堅持提告到底，希望法院作出公平的裁決，然而這個裁決背後的代價，卻是性污名的深化。

第二款 專業重複處遇或相互排擠

如前文所述，少年法院以教育為先、以輔導為重，以保護處分來看假日生活輔導或保護管束，都可以安排少年參加法治教育、性別平等之課程，也能透過個別晤談進行輔導。然而筆者所疑惑的是，這些服務與功能可否透過學校實踐？例如性別平等教育法已規定針對加害人提供八小時性別教育，也安排輔導室資源介入輔導，相比之下，學校與法院似乎只差在強制力的有無而已？假設少年已經在校接受性別教育，是否還有必要來到法院再上一次性別教育課程？造成專業處遇的重複與浪費。再者，少年在校若已經與輔導老師建立關係，也針對性方面的議題進行輔導，那麼是否還需要與其他專業人員的介入？畢竟建立關係需耗費不少的時間與精力，而少年也常會感到厭煩，覺得同一件事不需要跟這麼多人談。目前兩小無猜案件有學校、社政、衛福、司法等系統介入，各系統的共同目的都是保護少年的最佳利益，然而現行制度如同多頭馬車，如何簡化並將資源集中，避免流於形式與人力浪費是及亟待解決的議題。

第五節 小結

本章說明了我國少年間合意性行為（兩小無猜）所啟動的法律網絡，該網絡以刑法為核心，將兩小無猜定義為性侵害案件，看似是一個觸犯法律，需要「懲罰」的行為，但因為觸法者是少年，因此由性別平等教育法、性侵害犯罪防治法、少年事件處理法等法規交織成一張名為「保護」的網路，並拉入學校、社政、衛福、司法等體系，共同處理少年的性議題（如圖 1）。然而在處理的過程當中，我們卻在實務上看見種種困境，專業的工作者與少年都卡在這個網絡之中，面臨著矛盾與衝突，最終形成了一個「懲罰不能，保護不成」的弔詭狀態。



圖 1 現行的實務網絡

如同先前描述的實務困境，如果兩小無猜被定義為性侵害案件，依法需要一律通報，若少年知道其尋求老師協助的後果是需要面臨一長串的先平、司法程序，則他們很容易轉而尋求同儕或其他不當對象（網友、密醫）的協助，反

而無法獲得正確知識與幫助，再者此種情況在學校引起的寒蟬效應，也可能使得真正的性別平等教育無法落實，如此被害人仍是這些最需要性教育、性知識的少年。另外，兩小無猜案件被通報後，與其他性侵害案件、兒少保護案件相比，往往在社政體系中被排在較後面的序位，實務社工在處理的也常是家長的情緒或是花費時間陪伴偵查審判，較難真正深入提供少年關於親密關係議題的諮詢，反而使少年無法因為社政的介入而受益。

當案件進入司法階段，少年面對法庭審判，不免會感到緊張焦慮，雖然少年法庭（院）的設計以保護少年原則，但當雙方少年與家長一同進入法庭時，難免又是一番交鋒，舉例而言，光是在事實認定上需要確認少年共發生幾次性行為、以何種方式發生性行為，縱使已隔離訊問，但少年仍需要在家長（還有社工、法官、法警、調查官等等）面前吐露此事，即足以讓人感到難堪，更無法預料說出口後會遭受什麼樣的負面評價（例如對方家長質疑其主動引誘、行事不檢等等），如此不禁令筆者思考，既然進入法庭的結果也多是接受性別平等教育、進行身心治療與輔導課程，何不在前階段（學校、社政）體系就予以進行？兩小無猜是否一定要被視為一種犯罪、一種刑事案件，縱使案件進入少年法庭（院）後被稱為「少年保護事件」，但這種「保護」可否不在司法體系中進行呢？

本文所欲探討的少年間合意性行為（兩小無猜）除罪化，並非是想放棄處理少年的性議題，任由少年在性的探索中隨意衝撞、受傷，而是試圖重新解構現行法規構築的網絡，思考將刑法抽離核心位置之後，如何重新編織一個真正得以「保護」少年的網絡，不再讓少年作為困境中的最大受害者。

既然以刑法作為處理少年間性行為的核心手段已面臨多重問題，則往除罪化的刑事政策方向並非不可行，如若站在除罪化的立場上，我們應該如何修

法？外國是否有相關的刑事政策或法律規範可供參考？本文第四章將介紹美國「法定強暴罪」的刑事政策，以及其年齡差距條款、羅密歐與茱麗葉法案作為我國修法之借鏡。



第四章 借鏡美國「法定強暴罪」的刑事政策

美國法定強暴罪（Statutory Rape Law）指的是禁止與未婚且低於某個年齡的人發生性行為¹⁴¹。低於一定年齡的兒童及少年被認為不能對性活動給予有效的同意，因此法律保護他們在生理上及情感上準備好之前，不受潛在強制性的性行為威脅，保護兒童及少年和弱勢的群體不受到不平等、操控性或掠奪性的關係傷害，從而也賦予法律力量去建構什麼類型的關係是道德的，什麼是不道德的。學者 Cocca 指出法定強暴罪在美國並不只是一個道德的問題，而是與經濟利益、歷史脈絡交織在一起，在不同的時間點具有不同的目的¹⁴²。本章將會介紹美國法定強暴罪的歷史發展脈絡，了解法定強暴罪在各時期的立法目的、執行目標，當時的社會背景以及法律如何反映或塑造兒童及少年性行為的敘事，之後再進一步介紹美國的年齡差距條款（以及羅密歐與茱麗葉法案）如何運用，作為我國刑事政策之借鏡。

第一節 早期至 19 世紀的「最低同意年齡」法律

第一項 同意年齡的立法——保護白人女性婚前貞節

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

¹⁴² COCCA CAROLYN, JAILBAIT: THE POLITICS OF STATUTORY RAPE LAWS IN THE UNITED STATES 1-2 (2004).

殖民地時期的美國基本上繼承了英國的普通法，根據較早期的英國普通法規定，只要女性同意性行為，男性就不會被以強暴定罪，直到 1275 年的威斯敏斯特法（Statutes of Westminster）將與 12 歲以下女性的性接觸定義為犯罪，並認為其無法作出有效的同意，這個年齡在 1576 年曾調降為 10 歲，而美國也引進了這些規定，有些州選擇十歲作為同意年齡，也有些州選擇 12 歲為標準。當時法律背後的想法是女性缺乏對性活動做出同意的能力，但更多的是其實是要保障白人女性的婚前貞操——就像一個商品、如同財產一般¹⁴³。在古代，女性的貞操具有法律上的動產地位，可以在婚姻中被買賣，如果剝奪了一個女性的貞操，同時也剝奪了她父親的聘禮（*bride price*），所以法定強暴罪主要是一個財產犯罪，而對女性貞操進行估價，以及處女新娘的形象連結，也都和女性在父權社會下的從屬地位有關¹⁴⁴。

美國最初的法定強暴罪原本是採取嚴格責任主義（*strict liability*），只要檢察官可以證明行為人是與未婚的未成年女性發生性行為，則行為人（被告）不得提出抗辯。比起法定強暴罪，私通罪（*fornication*，未婚者之間的合意性行為，不管年齡如何）的刑罰是比較輕的。因此觸犯法定強暴罪的行為人經常出現兩種抗辯，一是聲稱誤認被害人的年齡，二是主張被害人已經有性經驗。前者在二十世紀中期之前普遍不被接受，但後者卻很容易被法官採納，也就是說，如果那個年輕女性被質疑是「不潔」的，則行為人與被害人均可能被指控犯了私通罪（*fornication*），而非成立法定強暴罪¹⁴⁵。這種抗辯和女性貞操被當

¹⁴³ 當時的法定強暴罪只保障白人女性，因為黑人在當時是被奴役的，基於政策、經濟、社會、文化等因素，白人女性的性是貞潔、純粹以及具備「道德基礎」的，黑人女性的性則是完全相反地——淫穢、不潔，因此她們的性被認為是不需要法律保障的。Cocca, *supra* note 142, at 10-11.

¹⁴⁴ Eidson Rita, *The Constitutionality of Statutory Rape Laws*, UCLA L. Rev. 27, 757, 767-768 (1979).

¹⁴⁵ Cocca, *supra* note 142, at 11.

成「特別財產」的概念有關，當財產是「完好無缺」的，特別保護才有必要，當時法律的意圖與效果是：「法律的保障只針對處女，早期的法定強暴罪更像是一個保護普遍道德的工具，而非去懲罰違反法律的男人¹⁴⁶。」

第二項 同意年齡的提高—中產階級的焦慮與性道德

在 19 世紀與 20 世紀之交，美國的法定強暴罪歷經了重大的變革，各州都提高了關於性的最低同意年齡，女性主義者、宗教保守派和白人工人階級男性形成了遊說立法的聯盟，一起促成了這項法律變革，這項改變與當時美國的社會背景有很大的關係，19 世紀末的美國經歷了社會、經濟和政治上的混亂，例如越來越多的移民、擴張的帝國主義、白人對於種族數量的恐懼等等，其中最重要的是都市化以及工業化，這些持續的改變吸引許多年輕女性留在城市中工作，也給予了她們少量的經濟能力，進一步促進了不受監管的異性戀活動。而當時的中產階級婦女在「私人」領域（例如墮胎）獲得優勢地位，並利用這種槓桿作用，在「公共」領域也獲得一些權力，然而她們非常關心的是工人階級的風俗，未婚女性的性被視為類似於賣淫，因為年輕的城市女性經常被招待晚餐、跳舞或電影，然後與她們的約會對象發生性關係，這是這座城市混亂與道德衰落的象徵。因此來自中產階級的改革者試圖將壁爐般溫暖舒適的婚姻生活描繪成一個體面及符合道德的女人的最終目標，並認為這樣的想法將有助於拯救工人階層的女孩，提升她們顯然退化或反常的道德¹⁴⁷。

¹⁴⁶ Michelle Oberman, *Turning Girls into Women: Re-Evaluating Modern Statutory Rape Law*, THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW & CRIMINOLOGY Vol.85, NO 1, 26, (1994).

¹⁴⁷ Cocca, *supra* note 142, at 12.

學者 Cocca 認為改革者更專注於道德而非經濟的層面，她們只看到年輕女性以性交換她們買不起的商品，卻未注意到年輕女性獲得不平等或微薄的工資，以致於無法負擔得起她們想購買的商品或娛樂花費。改革者不能或不願接受，某些年輕女性在進入性活動時是有選擇的，甚至也許透過它們經歷了樂趣。因此，改革者試圖提升工人階級女孩的道德，並認為如此她們可能就會渴望承擔中產階級的價值觀¹⁴⁸。

與此同時，作為「維多利亞主義者¹⁴⁹」的社會純潔改革者關心的是年輕、脆弱、被動的女性可能會被家庭內外的男人濫用權力所掠奪的潛在性。就像某個女人隨便約會一樣，這可能會導致她成為一個墮落的女人，也許會被社會所鄙視而無法結婚，甚至變成一個真正的妓女。因此，改革者的第二個重要的關切是要求女性在結婚前保持貞節的性雙重標準（也就是說女性禁止在婚前有性行為，以守護貞操，但卻允許男性在 10 歲或 12 歲時就從事性行為，而不用擔心後果）。這些改革者認為年輕女性的道德敗壞，是那些男性惡習與剝削的結果，因此他們形成了一個特殊的論述：「那些外表可敬的中產階級男性，利用其地位和財富的優勢，以各種形式的欺騙和詭計，甚至在必要時以強制手段，對待這些可憐的無知的工人階級女性，這些女性被害人的命運是災難性的，她們將被迫賣淫，最終在孤單中死亡。」這種論述同時強調了年輕女性的純潔以

¹⁴⁸ Cocca, *supra* note 142, at 13.

¹⁴⁹ 在英國維多利亞時代（1837-1901 年）的文化風氣崇尚傳統道德且非常地保守，社會重視「家庭」觀念，並認為女人一生的任務就是結婚生子並管理家庭的事務，而這種在道德層面對「家庭」的期許也衍生到對女人的期待，女性守護家庭的形象在當時是一種美德，這也使得當時的社會極度重視女人的貞潔，許多文人也撰寫書籍教導女人如何安分守己的持家，以創造家庭和諧為己任，「女人是家庭的守護天使」的形象深植在 19 世紀的維多利亞文化中，女人、性與道德三者間有密不可分的關係。參考：余文章（2004），〈維多利亞文化身份與十九世紀的英國家庭道德觀〉，《中外文學》，33 卷 6 期，頁 140-143。

及白人工人階級女性的脆弱，被動的白人被害人形象更得到了保守宗教元素的支持，並且在改革上占有主導地位¹⁵⁰。相對的，女性主義者關心的是「一致的道德標準」，然而這並未引起社會純潔改革者或是保守宗教勢力的認同，他們更關心的是性道德——禁止婚前性行為。

在 1885 年的英國，保守的社會純潔改革家和女性主義者一起成功遊說議會，將同意年齡提高至 16 歲。這促使美國改革家也採取行動，同年，紐約防止有傷風化委員會（New York Committee for the Prevention of State Regulation of Vice¹⁵¹）開始了他們的遊說，全國婦女基督徒節制會（Women's Christian Temperance Union, WCTU）也與其他純潔改革組織一起推動各項措施，例如建立收容所，提供年輕女性住宿及就業，引導她們以道德的方式生活，另外他們也提倡節制飲酒，以抵制各種形式的墮落慾望¹⁵²。女性主義運動者和婦女參政運動者、宗教領袖和 WCTU 率領的白人工人組織使用「性對女性美德具有危害」的論述在各州激動地呼籲「將一個女孩合法地同意年齡提高到至少 18 歲」，他們主張過低的同意年齡是「侵犯女性的人身權利、是褻瀆童年」，而各州在這波遊說中確實將最低同意年齡提高到 16 歲或 18 歲，田納西州（Tennessee）甚至將其提高到 21 歲¹⁵³。

¹⁵⁰ ODEM, MARY E. DELINQUENT DAUGHTERS: PROTECTING AND POLICING ADOLESCENT FEMALE SEXUALITY IN THE UNITED STATES, 1885-1920, 26-27, 33 (2000).

¹⁵¹ New York Committee for the Prevention of State Regulation of Vice 是一個致力於男女單一道德標準的小組以及廢除賣淫活動的組織。 Britannica, at <https://www.britannica.com/topic/New-York-Committee-for-the-Prevention-of-State-Regulation-of-Vice> (last visited 01/12/2017)

¹⁵² WCTU 在 1892 年有近 15 萬會員，在各州所有主要城市和數以千計的當地社區都有分支機構，是 19 世紀末美國最大的婦女組織。 Odem, *supra* note 150, at 27.

¹⁵³ Cocca, *supra* note 142, at 14.

第三項 貞節至上——以階級與種族分類的性

前述改革者對於提高同意年齡的修法目的看似良善，是為了保護工人階級的白人女性，不受可惡的中產階級男性所引誘、剝削，並希望指導這些工人階級女性守護道德價值潔身自愛，避免被拋棄後淪為妓女或是過著未婚懷孕的悲慘人生。然而男性立法者在這波提高同意年齡的修法中並沒有不抵抗就放棄，在幾個州，有些立法者提出了拖延的修正案以嘲笑改革者，例如提議將同意年齡提高到 81 歲。簡言之，他們並沒有認真看待保護主義者的想法，早在 1890 年代，許多州就曾考慮採取措施，將同意年齡恢復到改革前的水平，儘管在大多數情況下，都被婦女團體的努力所制止。反對提高同意年齡的立法者，也以「年輕女性將會使用法律來訛詐男性」的說法，企圖與改革者「男性引誘年輕女性」的論述做對抗，他們認為無辜的年輕男性會被陰謀狡詐的年輕女性所害，立法者雖然認同中上階級的白人女性是純潔、不諳世事的，但工人階級的女性或是黑人女性在他們眼裡仍被認為是不羈、淫亂的¹⁵⁴。

男性立法者基本上有兩個關切：其一，在一個十幾歲即結婚非常普遍的時代，年輕男性將被剝奪對年輕女性的性接近權。其二，任何年齡的男子，若表達自然的性慾，與自願且性成熟的年輕女性展開性活動，將會受到懲罰。為了平衡這個問題，少數幾個州的立法者對刑罰進行了分級，使未成年男子的刑罰更寬鬆，例如，哥倫比亞特區的法案規定，對於 18 歲以下的男性而言最高徒刑是五年，而對 18 歲及以上的男性，最高刑期為十五年，且沒有最低的刑期¹⁵⁵。

再者，反對者顯然很擔心提高同意年齡會危害他們對工人階級女與黑人女性的性特權，為了緩和這種威脅，因此許多立法者堅持法定強暴罪應該只保護

¹⁵⁴ Odem, *supra* note 150, at 48-49.

¹⁵⁵ Cocca, *supra* note 142, at 15.

那些具有貞節品格的女性，於是在法定強暴罪的案件中，被害人「過往的貞節品格（previously chaste character）」開始在法律上被要求了¹⁵⁶。一名堪薩斯州（Kansas）的立法者抗議將同意年齡提高至 18 歲，理由是有幾個來自顯赫家族的年輕男人被送往監獄，只因為那些不道德的年輕女人。肯塔基州（Kentucky）的一名代表更直言：「我們立刻看到一個可怕的武器被交給惡魔，提高同意年齡就是把它(武器)放在一個淫亂、肉慾的黑鬼女人的手中，甚至她們會為了敲詐勒索或報仇，毫不猶豫地採取刑事訴訟，即使她從十一歲以來一直是妓女」——而這正是黑人婦女團體高度擔心的，高度性慾化、淫亂、不誠實被當成年輕黑人女性的特徵，使得她們不值得法律保護，無論她的年齡如何¹⁵⁷。

實際上，提高同意年齡及以法律保障貞節品格，使得女性童貞的保護從 12 歲延長至 16 或 18 歲的。修改後的法律變得幾乎與傳統的「引誘罪」(seduction) 相同，「引誘罪」指的是非強制性的性活動，它所指涉的行為是對一個年輕、具有貞節品格的未婚女性，以虛假承諾與她結婚為手段而與之發生性行為，儘管這並沒有違反她的意願，但卻讓她被騙了。新的法定強暴法涵蓋了相同的「犯罪」，但也反映出年輕女性沒有能力自主決定性行為，改革者提供的道德保護否定了年輕女性的情慾與自主權¹⁵⁸。

這種以婚姻及道德與否來評價性的方式，是否能真正保護女性？以美國當時的婚姻法為例，法律假定「未成年」的女性可以決定結婚，以及在婚姻中發生性行為，但當女性指控丈夫強暴自己時，「婚姻中的性行為」將成為訴訟上

¹⁵⁶ Odem, *supra* note 150, at 50.

¹⁵⁷ Cocca, *supra* note 142, at 14.

¹⁵⁸ Cocca, *supra* note 142, at 15.

牢不可破的防禦。因此形成一個有趣的異常現象：人們可能依年齡選擇結婚，從而從事合法的性行為，而不是同意年齡下的未婚的性行為。事實上，直至今日，雖然大多數州規定 18 歲才能結婚，但如果獲得父母或司法許可下，青少年可以在年齡較小的時候就結婚，而在有些州，如果女性懷孕或已經分娩則不需要獲得許可。特別是在維多利亞時期，許多年輕女性根本已經結婚，並在他們達到同意年齡之前就有孩子¹⁵⁹。因此，重點根本不在性行為在年輕女性的身上發生會對其造成危害，而在這種性行為是否在婚姻內發生，它是否被評價為合於道德的？若是不道德的，那這名年輕女性就將受到唾棄，與之發生性行為的男性就該受到懲罰。

第四項 當法律成為性道德的治理工具

提高同意年齡的修法通過後，法定強暴罪的執行成果如何？以美國加利福尼亞州（California）的阿拉米達（Alameda）與洛杉磯（Los Angeles）為例，大部分被以法定強暴罪起訴的被告都是年輕工人階級男性，1910 年至 1920 年在阿拉米達被起訴的案件中，有 73% 的被告年齡在 18 至 29 歲間，其中大部分是 18 歲至 24 歲，且 74% 屬於技術性或非技術型勞工，而 1920 年洛杉磯少年法庭的被告年齡則在 13 歲至 19 歲間，其中 74% 被告年齡在 15 至 17 歲間，他們大多從事商店店員、農業工人、卡車駕駛等工人階級職業。在這些法庭案件中的年輕女性也不斷透過自己的穿著、言語與行為不斷挑戰女性貞節、純潔的概念，許多年輕女性在路上公開地與年輕男性調情，穿著最新潮的時裝到舞廳、遊樂園、咖啡廳這些地方，並經常「挑選」年輕男性。這樣的執法結果與社會現實，和純潔改革者對法定強暴罪是懲罰「中產階級成年男性引誘純真無知年

¹⁵⁹ Cocca, *supra* note 142, at 16.

輕女性發生性行為」的預設完全不同，年輕女性更透過她們的行為——化妝打扮、抽菸、在夜間單獨外出、進行婚前性行為，打破維多利亞主義者那種把女性分為好女孩與壞女孩、天使與妓女的二分形象¹⁶⁰。

然而，圍繞著法定強暴罪的行動，在美國的進步時代（Progressive Era¹⁶¹）採取更加保守和懲罰性的轉變，當改革婦女與男性機構聯合起來，設立少年法庭以及矯正學校，提供青少年更好的服務，但是女性主義者對執法的掌握並不如其以前的同盟多，這對法定強暴罪的起訴有三個重要的影響：（1）、中產階級婦女改革者已經開始發現，許多工人階級女性是自願參與性活動的，因此她們試圖透過少年感化院或是產婦院阻止以及打壓這些本能。（2）、家庭開始使用法律來控制他們「不可救藥」和「行為不良」的女兒，而年輕女性無法阻止起訴。（3）、男性的警察與檢察機關和法官更容易認定女性為引誘男人的女人而不是被害人，並經常判處男性被告緩刑，並判處女性有偏差行為，而將其送上矯正單位，這些年輕女性往往不是貧窮者就是移民者。在這一點上，對女性的性慾分類及矯正似乎勝過保護年輕女性免受傷害的期待。結果是，被這些改革努力假定為受益者的青少年，經常會發現他們的生活被過度管制和受法律定義所控制，而沒有反映他們的真實狀況與需求¹⁶²。

爬梳美國法定強暴罪在 19 與 20 世紀之交的修法變革，可以發現父權制度下的貞節概念，隨著工業化帶了的生活方式改變不停被挑戰。在工業化以前，

¹⁶⁰ Odem, *supra* note 150, at 70-71.

¹⁶¹ 進步時代是指美國在 1890 年至 1920 年期間的一連串社會與政治改革，一般來說，進步主義是不同群體對內戰後快速工業化和都市化帶來的問題的回應，相關改革包括保護童工與女工、刑法改革、向窮人提供慈善服務等等。The Progressive era, at <https://www.britannica.com/place/United-States/The-new-American-empire#ref612978> (last visited 07/14/2017)

¹⁶² Cocca, *supra* note 142, at 16.

女性的貞節與家庭的榮譽連結在一起，未婚懷孕可能導致家族有限的經濟資源被重新分配，也可能使得父權制度下的家族無法確保其合法男性繼承人的血統純正，失去童貞的女性也會面臨嚴重的後果，她可能被朋友或村民排斥、被家族拋棄或是被拒於婚姻之外，因此家族中的男性（與母輩）有義務監管年輕女性的各種活動，在工業化以前，工人階級的年輕女性大多留在家族的農舍或手工業幫忙，並且在家人的陪同下參與教會活動，其生活範圍狹窄且在家人的監看之下，缺乏結識異性的機會，通常只能聽從家人安排出嫁¹⁶³。然而隨著工業化的變革，年輕女性開始必須前往都市打工以賺取金錢來支持家計，這些年輕女性遠離了家庭並開始享有小額的經濟能力，她們在都市裡接受流行文化，到劇院、遊樂園、河岸長廊、舞廳等地方消費並享受娛樂，同時也多了接觸異性、自由戀愛與約會的機會¹⁶⁴，她們可能出於不同原因而發生婚前性行為，其動機可能是為了浪漫愛情、可能是為了經濟支持，亦有可能是為了脫離充滿暴力或壓迫的原生家庭。

然而工人階級的家長為了救回她們「道德偏差」、「行為不良」的女兒，選擇了與中產階級的純潔改革者站在一起，支持法定強暴罪的法律，並以提告為手段強迫對方與女兒結婚，以挽回家族的名譽，或是要求對方支出未婚懷孕女兒的照看費用以及孩子的扶養費¹⁶⁵。此時，法定強暴罪賦予這些家長一個強而有力的理由，能夠透過法院來強制執行傳統道德，法律也成為性道德的治理工具，試圖規訓這些時代中的不羈的少女。

本文認為，以性道德作為法定強暴罪背後的價值是十分危險的，從美國的現象觀察，我們不難想像當時的年輕女性深受貞節的枷鎖，被視為無知、無自

¹⁶³ Odem, *supra* note 150, at 60-62.

¹⁶⁴ Odem, *supra* note 150, at 64-65.

¹⁶⁵ Odem, *supra* note 150, at 68-69.

主能力的一群，而當她們以性作為反叛時，往往又落入另外一個受剝削的深淵，因為在父權及貞節至上的文化中，年輕女性縱使以性作為籌碼，希望能夠透過與其他男性的婚姻來脫離原生家庭，那位男性也可能會因為父權傳統價值，認為該名年輕女性是隨便而不潔的，不適合作為妻子或母親，而不願意給其婚姻承諾，甚至在法庭的訴訟中大力主張女性是如何引誘，導致年輕女性被送往矯正機構。以法律作為性道德的治理工具，鞏固的僅有白人中產階級的主流價值觀，並無益於工人階級年輕女性能力與地位的提昇，也難以改善她們生活狀況，甚至是對其進行壓迫、污名傷害的始作俑者，因此在討論我國少年性議題的刑事政策時，也必須十分警惕小心地去覺察性別、階級，甚至種族的影響。

第二節 20 世紀第二波女性主義改革浪潮

反強暴運動（anti-rape movement）長久以來被描述為第二波女性主義最成功的項目之一。當時的背景源於 1970 年代早期，女性主義活動者對於受強暴的被害人嚴重缺乏醫療及法律的回應感到憤怒，他們創立了在地的「強暴危機處理中心」（Rape Crisis Centers,RCCs），以非壓迫性作法的組織，對被害人提供支持性服務，也招募新的活動者參與運動，並為所有形式的強暴文化提供女性主義的分析和挑戰¹⁶⁶。從 1970 年代開始，由於爭取女性在法律上享有平等地位的意識覺醒，同時也要求加強刑事司法控制，因此強暴罪的改革被列為立法的優先事項。在接下來的 30 年裡，各州都重新起草了他們的強暴罪，雖然改革內容不盡相同，但主要的刑事司法改革有四：（1）、對強暴罪的重新定義（廢除

¹⁶⁶ CORRIGAN ROSE,UP AGAINST A WALL: RAPE REFORM AND THE FAILURE OF SUCCESS 13-14 (2013).

配偶豁免以及原告被告的特定性別角色)；(2)、證據改革(廢止佐證要求、制定強暴被害人隱私保護條款)；(3)、法定年齡要求的改革；(4)、法定結構的改革(根據暴力的嚴重程度與所造成的傷害對犯罪進行分級)¹⁶⁷。

在法定強暴罪的部分，1970 年代到 1980 年代美國的第二波女性主義者追求對法定強暴罪的兩大修正，第一是「年齡差距條款」，在大多數州，性行為的參與者之一必須是比另一名年齡更大，才能在重罪級別被起訴。第二是「中性化」用語的立法，在所有州，法律現在都是中性化的，亦即男性和女性都可以成為犯罪的被害人，男性和女性也都可以被指控為犯罪的行為人。

第一項 強暴罪與法定強暴罪的改革目標

法定強暴罪的改革是 1973 年在密西根州(Michigan)開展的大型的強暴罪改革計劃的一部分，強暴罪改革的目標包括¹⁶⁸：

1. 將「強暴」重新定義為「性侵害」(sexual assault)或「性暴力」(sexual battery)，強調犯罪的暴力性質，並減少強調「同意」。
2. 根據行為的嚴重性或猛烈程度對犯罪行為進行裁定。
3. 擴大陰莖侵入陰道以外器官的犯罪行為，包括其他侵入、接觸口腔/生殖器官的活動。
4. 將刑罰降低並分級，因為改革者擔心傳統強暴罪的最高刑罰為 25 年的終身監禁或死刑，這讓陪審團無法定罪。
5. 在丈夫被起訴強暴罪時，廢除「婚姻豁免」(marital exemption)。

¹⁶⁷ Seidman, Ilene, and Susan Vickers, *The Second Wave: An Agenda for The Next Thirty Years of Rape Law Reform*, *Suffolk UL Rev.* 38, 467, 467-470 (2004).

¹⁶⁸ Cocca, *supra* note 142, at 17.

6. 廢除佐證(corroboration)要求和抵制證明。
7. 實施強暴案被害人隱私保護條款 (rape shield laws)，被害人過去的性經驗不能被作為證據。
8. 實行中性化用語。

第二波女性主義者希望改變父權與刻板印象中對性犯罪的想像，夠過廢除「同意」和「抵抗」等過時的觀念，以擴大逮捕人數，並且更希望能增加起訴和定罪的數量。為了達到這個目的，改革者必須與法律及執法力量聯盟，如警察和檢察機關，他們同樣也想要改革強暴罪，鼓勵婦女報案並與當局合作，以更容易達到定罪。與此同時，改革者決定重新制定法定強暴罪，使他們看起來具有更少的保護性、更多的懲罰性，以及更少的賦權化 (empowering) 和更多的幼體化 (infantilizing) ¹⁶⁹。

第二波女性主義者也認為，當想「抓出」脅迫或是操控兒童及少年的性時，強暴罪的缺點正好證明了法定強暴罪是必要，這與法律定義的不足以及強暴的文化觀念有關。例如，今天「約會強暴」已經被認定為犯罪行為且會被起訴，但是在 1970 年代的陪審團認為強暴罪必須有一個使用武力的陌生男人作為行為人。進一步而言，許多州要求被害人積極抵抗對她的攻擊，用最大的能力去證明她的反抗確實發生，但在法定強暴罪，檢察官只要證明被害人低於同意年齡，且雙方當事人在沒有婚姻關係的情況下發生性行為即可，法定強暴罪比起強暴罪更容易被起訴¹⁷⁰。

第二波女性主義者注意到 19 世紀的女性主義者在某種程度將父權概念中的女性性行為以及心智上的無能力再制到法律中，並且透過只禁止未成年女性的

¹⁶⁹ Cocca, *supra* note 142, at 17.

¹⁷⁰ Cocca, *supra* note 142, at 18.

性來強化性別的刻板印象，當時他們所使用的論述是「提倡被動與貞節，並暗示性慾僅限於異性戀婚姻」。自由女性主義者（liberal feminist）力圖為年輕女性恢復一些能動性（agency）和形式上的平等，同時也保留保護她們免於性壓迫的能力。具體來說，他們遊說使用中性化的用語，其中包括將年輕男性也作為保護類型的一部分，並使女性也能被指控為行為人，以及年齡差距條款，行為人必須比被害人年齡大幾歲才成立犯罪¹⁷¹。

除了中性化的用語和法規，其他法定強暴罪的目標（類似，但與強暴罪改革的目標不相同）包括¹⁷²：

1. 將罪行重新定義為「性侵害」或「性暴力」，強調強制力。
2. 根據被害人的年齡對犯罪進行分級。
3. 將犯罪行為擴大到包括撫摸以及口腔/生殖器的性活動，這對與非常年幼的孩子有關的案件尤其重要。
4. 降低刑罰等級。
5. 廢除佐證要求。
6. 廢除「濫交條款」（如果年輕女性不是處女，則駁回案件）。
7. 廢除行為人做年齡錯誤抗辯（行為人可能聲稱他認為被害人者高於同意年齡）。

第二項 女性主義者的政治困境

然而不是所有的女性主義者都一致支持法定強暴罪與年齡差距條款。他們對這個問題的看法反映了他們對性、性同意和色情的不同意見。自由女性主義

¹⁷¹ Cocca, *supra* note 142, at17-18.

¹⁷² Cocca, *supra* note 142, at18.

者認為人是理性的，並奉行自主（autonomy）與自我決定（self-determination）的原則¹⁷³，他們強調形式上的本等，並極力改變那些無法讓女性擁有同樣知識與機會的偏見與規範¹⁷⁴，因此他們要求廢除帶有歧視的法律，在法定強暴罪的改革中力推中性化的用語，希望促進性別平等，避免差別待遇。

然而基進女性主義者（radical feminists）所強調的是父權體制的存在，並批判父權對女性的宰制，他們認為父權體制中的性別壓迫，無法透過女性個人的成長或經濟獨立而解決，應該思考的是父權中「性」的支配，例如色情的本質就是在貶抑女性，使之成為男性的附屬¹⁷⁵，MacKinnon 更直言「性是男人的權力所在」，因此必須將性重新建構才可能改變女性的附屬地位¹⁷⁶。在法定強暴罪的議題上，基進女性主義者特別批評法律將性建構成兩種：自願的性／強暴。他們認為，由於社會建構的因素，男女在現代社會中根本處於完全不同的狀況，女性總是在與男性的權力關係裡處於弱勢地位，有些則進而認為，女人能夠給予真正同意的想法是站不住腳的，同樣的，色情作品反映了婦女地位的退化，應該被管制以作為追求婦女平等保護的手段，在這種環境下，基進女性主義者擔心中性化的法定強暴罪不會承認青春期的男性與女性，在心理需求和性權力上所面臨的情況並不相似¹⁷⁷。基進女性主義者，如 MacKinnon 認為問題在於「年齡加劇了性的社會性不平等」，這可以支持那些原本沒被考慮到的性暴力中的青少年受到特別的立法關注。當面臨性暴力的社會事實時，青少年形

¹⁷³ 顧燕翎主編（2012），《女性主義理論與流派》，頁 5-6，臺北：女書。

¹⁷⁴ 林志潔、金孟華（2010），〈美國女性主義法學發展與性侵害防制法之改革〉，《月旦法學雜誌》，第 182 期，頁 148-149。

¹⁷⁵ 林志潔、金孟華，同前註，頁 153。

¹⁷⁶ 顧燕翎主編，同註 173，頁 142-143。

¹⁷⁷ Cocca, *supra* note 142, at 19.

成了一個可信賴的弱勢群體，以平等保護為目的，這些事實突顯了年長男性單方面的性侵犯¹⁷⁸。一個青少年的不同意，可能不會在強暴罪中被辨識出來，但法定強暴罪卻能夠保護這樣的青少年。換句話說，中性化的法律不會有助於推動女性在法律和現實生活中的實質平等，而是僅讓女性有形式上的平等，這將對她們造成傷害。Olsen 認為，儘管認識到性行為會傷害男孩可能是重要的，男孩和女孩都可能受到早期性行為的傷害，但他們受到不同的傷害，我們卻假裝傷害是一樣的，從而一無所獲¹⁷⁹。一些研究報告說，青春期階段女性的自尊心低落，覺得表達想法是不舒服的，害怕表現得不像女性或在智力上對男性造成威脅，而且缺乏安全感、比較願意順從他人，增加懷孕、生病、痛苦與恥辱的可能性，一個年輕的女性可能會在做好準備之前就發生性行為，然後後悔做出了這一個決定，但是社會化使她認為性和愛是一起的，仍然認為這樣的相遇是兩情相悅的，因為她沒有受到身體上的強制（但可能覺得被強迫）才這麼做¹⁸⁰。在這個論點上，年齡差距條款針對年齡較大的男性利用優勢對年輕女性發生性行為者來說可能是有用的，但是他們也假定年齡相近的男性和女性可能是兩情相悅的性行為，即使他們並不是。因此，這些女性主義者擔心，法定強暴罪的改革實際上會使情況惡化，使得了政府人員和（自由）女性主義者宣稱在兩性平等上已取得進步，從而使任何改革的熱情都被削弱，而在性別不平等框架下的（青少年）異性戀關係的卻未取得進展¹⁸¹。

¹⁷⁸ MacKinnon, Catharine A, *Reflections on Sex Equality Under Law*, Yale Law Journal 1281,1305 (1991).

¹⁷⁹ Olsen, Frances, *Statutory rape: A Feminist Critique of Rights Analysis*. Tex. L. Rev. 63 ,387,426-427 (1984).

¹⁸⁰ Cocca, *supra* note 142, at 19.

¹⁸¹ Cocca, *supra* note 142, at 20.

另一方面，性積極女性主義者¹⁸²（pro-sex feminists）與基進女性主義者，在性與色情的辯論上常常站在對立面。他們認為後者將所有女性都視為被害人且所有色情製品都是有問題的，而不是承認許多婦女正在積極面對不平等現象，而且不同的色情本身也可能受到不同的觀眾所接受，甚至可能以女性主義的方式重建。更糟糕的是，他們擔心基進女性主義的觀點——「女性是不同的」（出於社會建構的原因）會直接掌握在非常願意同意此觀點（出於生物學原因）的保守派的審查力量手中，也確實，這兩個團體聯合起來在中西部通過反色情的法案¹⁸³。

性積極女性主義雖然承認法定強暴法具有保護作用，但是他們擔心其父權的、剝奪人權的本質會懲罰潛在的合意婚前性行為，將年輕人（特別是年輕女性）描繪成是一個無法對自己的身體作出決定的整體群體，並發出了一個信息：非婚姻的性和女性情慾自主對她們自己是錯誤且有害的。因此，他們認為這些法律侵犯隱私以及個人對性的自主權。性積極主義者也表明，合法婚姻被排除同意年齡的適用，已婚者將可以豁免於起訴，這代表法律與個人年齡無關，而與婚姻狀況有關。沿著一樣的思路，法律的中性化用語使得同性戀伴侶也受到起訴，而同性戀族群基於他們的性傾向，已經遭受不同形式的法律歧視。的確，在色情的戰爭裡，令許多性積極主義者感到驚駭，但並不意外的是，用來說服男性法官的說法之一是告訴他們，在同性戀色情中，男性和女性一樣被貶低。法定強暴罪中的性與暴力的交織可能只會進一步邊緣化同性戀者，而不是保護同性戀者¹⁸⁴。

¹⁸²性積極女性主義者（pro-sex feminists），有時也被稱為性激進女性主義者（feminist sex radicals）或性解放女性主義者（sexual libertarians）。

¹⁸³ Cocca, *supra* note 142, at 20.

¹⁸⁴ Cocca, *supra* note 142, at 20.

正如同 Olsen 所說的：「法定強暴罪對女性主義構成了一個典型的政治困境¹⁸⁵。」它一方面保護女性免於猥褻兒童、童婚等其他形式的性剝削，但它同時也限制了年輕女性的性活動，強化了性道德的雙重標準。法定強暴罪的限制性特別令人反感的在於，它抬高了貞節的價值，並將女性視為缺乏性自主權，提供國家限制女性的理由，也強化了有害的刻板印象，使得男人有身體自由，而女人沒有¹⁸⁶。

問題就在於任何保護女性抵抗來自個別男性壓迫的努力，都會使女性臣服於國家的壓迫，而任何保護女性抵抗國家壓迫的努力，也將減弱她們抵抗個人壓迫的力量。此外，任何對男女間實際差異的承認，都是對女性貼上標籤和延續歧視。但如果我們忽略權力差異，假裝男女處於同樣的地位，那麼我們就無法實施有效的改革，從而使歧視永久化¹⁸⁷。

第三項 女性主義者的改革成果

歷經上述的問題與爭論，改革者們向前邁進了一步，對法定強暴罪改革找出雙管齊下的方法：他們並沒有把注意力集中在兩性關係的權力觀念上，而是決定將他們所擔心的性行為（雙方年齡差距過大的狀況）獨立出來並犯罪化，隨後即被納入「修訂章程」，他們使用中性化的立法，並以被害人和被告之間的年齡範圍為基準，根據不同嚴重程度對性行為進行處罰，他們並設計了刑罰分級來反映被害人的年齡。有了這兩項規定，改革者力求更好地保護幼童，同時免除年齡相近的青少年遭受重罪級別的起訴：這些目標有可能相互矛盾，因

¹⁸⁵ Olsen, *supra* note 179, at 402.

¹⁸⁶ Olsen, *supra* note 179, at 405.

¹⁸⁷ Olsen, *supra* note 179, at 412.

為對兒童的保護要求相對較高的法定年齡，同時允許雙方自願的性接觸需要較低的年齡。女性主義改革者在如何將這些目標轉化為法律上存在分歧，儘管一種常見的方法是確定一系列兩種或更多的等級犯罪，禁止在特定年齡下的年輕人進行性行為（例如：第一等級性侵犯是對小於 12 歲者為性行為，但第二級性侵犯是對大於 12 歲但小於 16 歲者為性行為）¹⁸⁸。

然而問題出在執行，兩名 15 歲的男朋友及女朋友，以及對 5 歲兒童性騷擾的成年陌生人都是法定強暴罪中的行為人，都必須依據梅根法案（Megan's Law）被登記為性犯罪者，且都可能被監禁或是接受精神治療直到「治癒」，而這被當作監禁期限、假釋或緩刑的條件。通過將這些罪行重新定義為性侵犯或性暴力，改革者們有意地沒有留下同意的概念以及性別的刻板印象考慮的餘地。但在實踐中，顯然是虐待兒童的案例以及可能是出於自願的性關係，兩種行為在被稱為「法定強暴罪（statutory rape）」或「兒童性騷擾（child molestation）」、「性侵害（sexual assault）」、「性暴力（sexual battery）」的法律下，都可能被起訴。從某種意義上說，現代分級化的法定強暴罪強化了法定強暴罪的二重性，它可能會阻止虐待，但也可能懲罰自願的婚前性行為，並將其標示為「虐待」（abuse）。到了 2000 年，性別中立立法的推動在所有州都取得了成功。現在的法律規定，「任何人」與「任何人」在低於同意年齡發生性行為都屬於犯罪行為。年齡差距規定在 1999 年只有 7 個州沒有通過，而且年齡差距的範圍本身大相逕庭（2 至 6 歲不等）¹⁸⁹。

¹⁸⁸ Cocca, *supra* note 142, at 21.

¹⁸⁹ Cocca, *supra* note 142, at 22.

第三節 20 世紀末針對未婚懷孕與福利濫用的保守改革

第一項 改革背景——不斷上升的福利開支

在 1990 年代末期，十個州修改了法定的強暴罪，目的是為了瞄準那些使未成年女性伴侶懷孕的男性。這一波的改革首先受到女性主義者和自由主義者的支持，他們認為年輕的、被虐待的、貧窮的婦女應該得到保護，而作為掠奪者的男性應該受到懲罰。但是，與過去法定強暴罪法律修正案不同的是，這是一項最受保守勢力所追求的政策倡議，在 19 世紀，他們能夠對政策實施施加更多的控制。對應在 1960 年代及 1970 年代美國社會結構與習俗的長期轉變，保守勢力在 1980 年代將焦點放在於越來越多的婚前性行為以及非婚生子女，以及與此同時不斷上升的需要公眾援助的貧困婦女及兒童。在 1980 年代可以看到雙重反彈：反對縱容道德與性以及反對福利國家過度擴張，因為這鼓勵窮人獲得經濟援助，但似乎並沒有從他們那裡得到什麼回報。這兩個反彈在文化論證中被綁在一起：那些道德寬鬆、單親家庭的窮人，尤其是有色人種，應該對越來越多需要這種協助的家庭以及福利成本上升負責¹⁹⁰。

1981 年，最高法院聽取了唯一一件與處理法定強暴罪有關的案件——*Michael M. v Superior Court of Sonoma County*，審議了性別特定的法定強暴罪是否違反了「美國憲法第十四修正案」的平等保護條款。大多數意見認為，只有男性被認定為是犯罪者的這種法律是合憲的，因為它們有助於阻止青少年懷孕的「流行」。年輕的女性會（或應該會）因為懷孕的威脅而遠離性行為，年輕的男性則會因為害怕被起訴而遠離性行為。在這個飽受批評的爭論中，法院明確地將青少年懷孕，法定強暴罪和青少年性行為聯繫在一起。這種司法支持與前述有

¹⁹⁰ Cocca, *supra* note 142, at 24-25.

關於性、懷孕和經濟的運動相吻合，使得 1980 年代和 1990 年代旨在重塑「傳統」美國經濟和道德的新政策變得成熟¹⁹¹。

第二項 改革策略——嚴格執行法定強暴罪

1990 年代開始刑事司法系統「重振」對法定強暴罪的攻擊。起訴案件的努力主要集中在三大類型：導致懷孕的案件，容易識別的案件以及被認為是淫亂的、掠奪性的或違反社會規範的案件¹⁹²。

強化法定強暴罪與青少年性行為、青少年懷孕的相關性連結在一起的論文始於 1995 年，無黨派的 Alan Guttmacher 研究院發表了一項有關青少年的研究，顯示 65% 的未成年母親，其伴侶為 20 歲或以上的成年男性，而且通常越年輕的母親，她與孩子父親的年齡差距就越大。隨後的研究顯示，有三分之二的未成年母親的年齡在 18 或 19 歲，而他們的伴侶在 20 或 21 歲，而且有超過四分之一的 15 至 17 歲未成年母親，他們的伴侶在相同的年紀，要求阻止青少年懷孕潮的呼聲越來越高。根據這一觀點，必要的是對法定強暴罪採取嚴厲的措施，這將阻止「掠奪者」的行為，一名社會學家將這種使青少年懷孕的行為比喻為不負責任的肇事逃逸，此外，一些人認為嚴懲違反法定強暴罪的人，將可以減少未婚少女懷孕，並從而減少公眾援助券¹⁹³，因為小媽媽比起其他母親更容易依賴公眾援助，並需要聯邦政府與州政府的收入支持¹⁹⁴。

就在統計數據公佈一年以後，由共和黨控制的新國會就福利改革進行了辯論，1996 年的個人責任與工作機會法案(Personal Responsibility and Work

¹⁹¹ Cocca, *supra* note 142, at 25.

¹⁹² Oberman, *supra* note 32, at 733.

¹⁹³ Cocca, *supra* note 142, at 25.

¹⁹⁴ Oberman, *supra* note 32, at 734.

Opportunity Act, PRWORA)為貧困家庭提供了臨時援助(Temporary Assistance for Needy Families ,TANF)，向州提供一筆撥款，取代了扶養失依兒童家庭補助(Aid to Families with Dependent Children ,AFDC)。PRWORA 開宗明義地說：「婚姻是一個成功社會的基礎」，緊接著，它說：「接受公共援助兒童數量的增加與未婚婦女生育數量的增加密切相關」，在這裡它直接指出了法定強暴罪潛在爭論時的文化關注，在 18 世紀所重視的是將女性貞節視為能和配偶談條件的商品，在 19 世紀時關注的是在城市工作的女孩若以共進晚餐（約會）交換她們的性，可能會傷害她們的婚姻前景。在這兩個時期人們關注的焦點是個人的道德，而不是社會、政治或經濟結構，但在 1990 年代以後關注的則是貧困人口的數量是由未婚女性生育單獨造成的¹⁹⁵。

他們相信因為青少年懷孕所引發的問題，將因為強力執行法定強暴罪的法律而改善，但是積極起訴這些罪行又產生了微妙的利益衝突，如果國家成功地對侵害青少年的男性定罪和監禁，他們就嚴重限制了這些男性為其子女提供財政支持的能力。因此，法定強暴罪的執行產生了選擇性與針對性，它可能用來阻止男子與青少年發生性行為，但同時也作為鼓勵懷孕青少年與其年長伴侶結婚的一種手段，例如在 1996—1997 年期間，加州橘郡的社會工作者經常為懷孕的青少年提供諮詢服務，法律要求他們提報青少年的男性伴侶，以根據法定強暴罪進行起訴，然而，他們對女孩進行了建議，如果女孩嫁給孩子的生父，這種提報就不會發生¹⁹⁶。橘郡社會局的局長 Larry M. Leaman 解釋，他們只是在少數幾個案件中如此建議，如果這個男人願意給予懷孕女孩支持，想要做對的

¹⁹⁵ Cocca, *supra* note 142, at 26.

¹⁹⁶ Oberman, *supra* note 32, at 735-737.

事情，也準備成立一個家庭，而女孩的父母也贊同這門婚姻的話，然而因為此種做法的爭議性太高，隨即就被停止並進行調查¹⁹⁷。

第三項 嚴格執行法定強暴罪的負面影響與批評

雖然一些女性主義者和自由主義者起初支持這個目標，並將之作為收集兒童援助、保護年輕女性免於剝削關係中的方法，但是他們對宗教右派的強烈支持感到警惕，並逐漸退出這個議題。全國婦女組織（National Organization for Women）等團體抗議福利改革法案，美國計劃生育聯盟（Planned Parenthood）和美國公民自由聯盟（American Civil Liberties Union）等在州的層級上多次聲明反對新的犯罪分級。雖然媒體很少關注，但這些團體對執行法律可能導致的潛在不利影響表達了一些擔憂¹⁹⁸：

- 1、一個在合意關係下懷孕的青少女可能不會去尋求優生保健，因為她可能會擔心當嬰兒還在強褓中時，孩子的父親就被監禁，或者是當孩子的父親被認定為重罪級別時，他就必須被登記為性犯罪者，即使他試圖去扶養小孩或是與小孩的母親維持關係。
- 2、一個在非合意關係下懷孕的青少女也可能有類似的情形，因為她會擔心來自孩子的父親在身體或其他方面的報復。

¹⁹⁷ Donovan Patricia, *Can Statutory Rape Laws Be Effective In Preventing Adolescent Pregnancy?*, Family planning perspectives 29.1, 30, 34 (1997).

¹⁹⁸ Cocca, *supra* note 142, at 26-27.

3、一個懷孕的青少年若希望進行墮胎，她可能更傾向去尋找非法的管道，以避免可能必須說出孩子的父親名字的司法聽證要求（judicial bypass requirements¹⁹⁹）。

4、法律會告訴男性們，強制性的關係不會受到懲罰，只要沒有造成懷孕。

換言之，這些團體認為未導致懷孕的同年齡關係可能是強制性的，而有導致懷孕的具年齡差距的關係可能是合意且長期性的，然而新修訂的法律不會立即抓到第一種例子，而是會去懲罰第二種。Cocca 指出在法定強暴罪、青少年母親的生育數、公共援助支出之間的偽連結，為犯罪重新注入資金和起訴的努力，同時也損害了法律的中性化，將年輕婦女作為被害人，但就像在 19 世紀，法律的實施往往會帶來喜憂參半的結果，很少能阻止青少年的性行為，他們仍然具有保護性（如果年輕女性確實被虐待）和懲罰性（如果這段關係是自願的）²⁰⁰。

其他對為了避免青少年懷孕而嚴格執行法定強暴罪的政策批評還包括²⁰¹：

1、對懷孕與否過度關注，可能忽略了其他未必導致懷孕但其實仍可能有害的與青少年發生性行為的方式（例如對青少年的剝削、虐待和傷害，但未必會懷孕）。

¹⁹⁹ 青少年如果需要墮胎但又不想告訴父母，則他們可以選擇 judicial bypass requirements，由法官進行聽證，了解青少年是否足夠成熟做出知情同意，授權他決定是否墮胎。參考：Planned Parenthood, at <https://www.plannedparenthood.org/planned-parenthood-massachusetts/online-health-center/judicial-bypass> (last visited 01/12/2017)

²⁰⁰ Cocca, *supra* note 142, at 27.

²⁰¹ Oberman, *supra* note 32, at 738.

2、從政策面思考，一名被監禁的父親或有犯罪記錄的父親，不太可能在孩子的經濟支持上做出實質性的貢獻。因此，無論是母親還是嬰兒，都不一定會從這種對行為人的嚴厲懲罰中受益。

3、若為了阻止青少年懷孕而嚴格執行法定強暴罪的唯一正當理由是嚇阻其他男子與年輕女性進行性交，那應該要提高行為人對懷孕風險的認識，以及對可能被起訴的了解。然而與單一性伴侶懷孕的風險是相對小的（僅 25%），而期望那些沒有打算與年輕女孩擁有長期的關係的男人認真看待這種風險是不切實際的，換言之，對於那些只求自己直接性滿足的男人來說，不太可能具有嚇阻作用，但他們對於脆弱的年輕女性而言又是最具有掠奪性的。

最後，嚴格執行法定強暴罪以減少青少年懷孕與福利開支的政策成功了嗎？以加州的統計數據為例，在 1993 年估計有 3 萬名青少年與成年男子產下一個小孩，但在該州的垂直起訴方案（The Statutory Rape Vertical Prosecution, SRVP）進行的前 11 個月，只有 617 件被依法定強暴罪起訴，其中 293 件被定罪（其他尚在進行），即使是官方的刑事司法規劃署也不情願地承認，和問題的嚴重性相比，SRVP 這種方案所能造成的影響並不大的，而加州大學的研究人員則指出政治家對青少年懷孕問題只想找出「一個簡單的解決方法」，而不是關心青少年的身心健康，這是相當令人沮喪的²⁰²。

²⁰² Donovan, *supra* note 197, at 34.

第四節 當代以年齡差距為分野的立法例應用

依據年齡差距的不同，法定強暴罪的案件類型常被分為兩種，一種是「老牛吃嫩草」（英文諺語稱 robbing the cradle，打劫搖籃）用以形容年齡差距較大的成年人與兒少間的性行為或關係，另一種則是「兩小無猜」（英文常稱為 Romeo and Juliet，羅密歐與茱麗葉），指的是年齡相仿的少年間的性行為或關係。在法定強暴罪的假設中，一般認為那些想要「老牛吃嫩草」的成年人會利用他對性的成熟度與社會經驗優勢、以及雙方權力及資訊的不對等，以合意性行為作為幌子，對兒少進行性剝削。相對的，在「兩小無猜」的狀況裡，雖然其仍被涵蓋在法定強暴罪的範疇中，但少年間的性行為常被視為一種兩情相悅的性探索，進而引發人們對於是否將這種行為犯罪化的爭議，並為其思考解套的方式，例如在美國有前面所提到的年齡差距條款（Age-Gap Provisions），或是採用所謂的羅密歐與茱麗葉法案（Romeo and Juliet Law），讓年齡相仿或年齡差距在一定範圍內的少年間性行為得從重罪（felony）減輕為輕罪（misdemeanor）或免於法定強暴罪的刑事懲罰、性犯罪者登記。

本節第一項將透過文獻回顧了解「老牛吃嫩草」會對兒少造成什麼問題？法定強暴罪鎖定這些「年長的掠奪者」有沒有正當性基礎？再者，本節第二項將說明法定強暴罪對兩小無猜的「羅密歐與茱麗葉們」造成什麼影響以及論者對這個議題的相關意見與研究，它們如何促成少年間的合意性行為除罪化。最後，本節第三項將介紹美國的年齡差距條款以及羅密歐與茱麗葉法案在幾個州的具體規定以及應用上的差別，作為我國修法之參考。

第一項 法定強暴罪的打擊重心—年長的掠奪者

究竟成年人與少年發生性行為後，會對少年產生什麼影響？這樣的行為多是在什麼情境下發生？彼此間的關係、所處權力位置如何？若法律希望達到嚇阻及懲罰目的，那也必須準確地了解成年人和少年之間的關係，以他們之間的真實互動為基礎來研擬法律對策，然而這樣的研究在國內較為少見，在美國研究家庭暴力、兒童性虐待的學者 Denise A. Hines 以及 David Finkelhor 在 2007 年，針對美國法定強暴罪中成年人和少年的關係，做了相關社會科學研究的回顧²⁰³，他們以性別為區分標準，將成年人和少年的性接觸分為四類：成年男性與青少女、成年男性與青少男、成年女性與青少男、成年女性與青少女。本節將摘錄相關研究內容，並說明如下：

第一款 法定強暴罪關係中的成年男性與青少女

這是法定強暴罪中最常見的組合，也是研究者與公共政策最關注的類型，因為它有可能導致青少女懷孕、造成養育子女的心理與經濟負擔，並會對青少女造成身心負面影響，也造成福利依賴、國家財政負擔、兒童虐待等問題。在美國 1996 年至 2000 年對 21 個州的全國案件報告系統（National Incident-Based Reporting System, NIBRS）數據分析報告指出在 7557 起法定強暴罪的案件中，有 95% 的被害人是女性，有 99% 的行為人是男性；大約 60% 青少女的年齡在 14 歲或 15 歲，青少女和男性之間的年齡中位數差距為 6 歲；在被害人為女性的案件中，僅 18% 的男性行為人是低於 18 歲的青少年，大約 45% 的男性行為

²⁰³ Hines, Denise A., David Finkelhor, *Statutory Sex Crime Relationships Between Juveniles and Adults: A Review of Social Scientific Research, Aggression and Violent Behavior* 12.3, 300, 300-314 (2007).

人年齡在 21 歲或以上；三成的法定強暴罪中被害人與行為人是男女朋友，六成是熟識者²⁰⁴。以下是一些值得我們參考與關注的相關研究結果：

一、青少年的特質

相較於伴侶同年紀的小媽媽，伴侶較年長的小媽媽通常來自較低的社會地位。除了貧窮問題以外，許多這些青少年來自有性虐待、身體虐待且/或忽視史的家庭，還有混亂的家庭環境，如藥物或酒精濫用。事實上，越是來自弱勢家庭（家庭結構複雜、家長學歷在高中以下、母親本身就是小媽媽）的青少年，越可能進入法定強暴罪的關係中²⁰⁵。

二、青少年與成年男性為性行為的原因

在親子依附薄弱或不存在的家庭中，一些青少年自陳她們尋求年長的男性來補償缺席或弱勢的父親角色。其中許多女孩來自父親缺席的家庭。有些人認為，這些情況下的成年男性被青少年視為「拯救者」，他們給予青少年在家庭中非常缺乏，但卻最需要的情感支持、愛、注意力和穩定性。年輕女孩傾向與年長伴侶在一起的原因，包括成年男性可以為他們提供財務安全、物質和在同儕間的聲望，而且一些青少年可能已經是母親，與她們同齡的男孩相比，成年男性可以為她們自己和孩子提供所需的經濟保障。也有證據表明，其中一些青少年之所以積極尋求年長的成年男性伴侶，是因為她們覺得這些男人可以為她們提供性知識、財務安全，穩定的感情和/或其他資源。她們自陳想從一個經驗

²⁰⁴ yl Troup-Leasure, Kar, and Howard N. Snyder, *Statutory Rape Known to Law Enforcement*, (2005), available at <https://classic.ntis.gov/assets/pdf/st-on-cd/PB2007105633.pdf> (last visited 01/12/2018)

²⁰⁵ Manlove, J., Moore, K., Liechty, J., Ikramullah, E., & Cottingham S., *Sex Between Young Teens And Older Individuals: A Demographic Portrait*. Child Trends Research Brief 3 (2005).

豐富的年長男人學習性，因為她們認為這樣會更愉快，有些女孩則說，她們太過於成熟，無法和（年紀相仿的）男孩約會²⁰⁶。

三、對青少年的影響

有研究指出法定強暴罪的關係會帶來較高的懷孕風險、單親家庭、以及其他心理問題，例如 69%未婚懷孕的青少年，她們的伴侶大於他們 6 歲或以上，相比起來那些伴侶大不超過 2 歲的青少年懷孕比率是 17%，這種青少年與伴侶年齡差距較大則懷孕機率越高的統計數字，可能反映出的事實是青少年與年長伴侶生活在一起可能是打算組成一個家庭，然而大多數這種懷孕仍是非計劃性的，而且與年長伴侶的關係可能具有較短的總體持續時間²⁰⁷。

關於與成年男性發生性行為的影響，有一份 1993-1994 年針對 150 名非裔與西班牙裔青少年的調查指出，非裔與西班牙裔的青少年，相較於與同年齡的對象發生性行為者，若其發生性行為的對象比較年長，則她們更有可能從事危險性行為，例如未持續使用保險套、更容易接觸 HIV 病毒或其他性傳染病，並且更容易懷孕²⁰⁸。

Higginson 在其質性研究中訪問 14 名小媽媽，他們都是在未成年時與超過 18 歲的成年男性交往，他的研究發現，對於那些仍留在關係中的小媽媽而言，她們認為這段關係是正常的，她們的男朋友只好剛好比較老一點，她們認為男朋

²⁰⁶ Higginson, Joanna Gregson, *Defining, Excusing, and Justifying Deviance: Teen Mothers' Accounts for Statutory Rape*, *Symbolic Interaction* 22.1, 25-44 (1999).

²⁰⁷ Darroch, J. E., Landry, D. J., & Oslak, S., *Age Differences Between Sexual Partners in The United States*. *Family Planning Perspectives*, 160-167 (1999).

²⁰⁸ Miller, K. S., Clark, L. F., & Moore, J. S., *Sexual Initiation with Older Male Partners and Subsequent HIV Risk Behavior Among Female Adolescents*. *Family planning perspectives*, 212-214 (1997).

友愛她們、也讓他們開心，因此這段關係不會是錯的，真愛無罪，也沒有人受傷。然而，對那些已經分手的小媽媽可不是如此，Higginson發現一旦小媽媽離開了這段關係，負面觀點就會居於主導地位，這些小媽媽認為那些成年男性因為沒有辦法在他們同年紀的族群裡找到適合的伴侶，因此才轉而剝削年輕、天真的女孩們，這些女孩在身體上受到虐待、控制和操縱，被她們的成年男友弄到懷孕，這些年輕女孩不可能知道什麼是愛，她們將收到禮物以及被請吃飯當作是愛，而法定強暴罪法律的介入可以讓這些年輕女孩免於被虐待²⁰⁹。

第二款 法定強暴罪關係中的成年男性與青少男

一、青少男的特質以及與成年男性為性行為的原因

有研究指出一些青少男可能來自有問題的家庭，例如因為藥物或酒精濫用而使家庭環境混亂、親子間依附薄弱或不存在，因此他們尋求法定強暴罪的關係作為補償；一些具有早期同性戀傾向的青少男可能會透過與成年男性交往來探索、確認同性戀的生活方式（但也可能透過與異性戀青少年交往），例如有案例研究的報告顯示，青少男之所以與成年男性交往，是因為他可以提供經濟保障以及比青少男原生家庭更好的生活水平²¹⁰。

二、對青少男的影響

關於這方面的實證研究證據相當薄弱，Denise A. Hines 以及 David Finkelhor 在其文獻回顧中引用一份「曾在童年或青春期中與成年人有性接觸者」

²⁰⁹ Higginson, *supra* note 206, at 31-32,35-36.

²¹⁰ Money, J., & Weinrich, J. D.. *Juvenile, Pedophile, Heterophile: Hermeneutics of Science, Medicine and Law In Two Outcome Studies*. Med. & L., 2, 39. (1983) (as cited in Hines, D. A., & Finkelhor, D.,2007)

的自陳報告，有 17.2%在青少男時期與成年男性發生性關係的受試者反映他們對這段關係的想法是負面的²¹²。另外也有些研究者認為青少男與成年男性的關係，比起青少女與成年男性的關係是更為有害的，因為社會對於同性戀的觀感是負面的。這個論點對我們而言應該也比較容易想像，若同性戀者因為法定強暴罪而使性向曝光，他們同時需承受的壓力與雙重負面標籤都比異性戀者來得沈重。

第三款 法定強暴罪關係中的成年女性與青少男

一、青少男的特質

本類型和「成年男性與青少女」類型的相似之處在於：年齡較小、來自弱勢家庭同樣是危險因素，但兩種類型仍有關鍵的區別，例如青少男更可能把這樣的關係視為隨性的（casual），而且比他們通常比成年女性年輕許多，青少男與青少女自陳和成年伴侶年齡差距在5歲以上的，青少男有51%，相比之下，青少女僅有36%²¹³。

二、互動的型態

已有學者針對女性性虐待者做出類型化研究，可以用來描述法定強暴罪關係下的成年女性與青少男互動型態²¹⁴：

²¹² Okami Paul, *Self-Reports of "Positive" Childhood And Adolescent Sexual Contacts with Older Persons: An Exploratory Study*. Archives of sexual behavior, 20 (5), 437-457 (1991) .(as cited in Hines, D. A., & Finkelhor, D.,2007)

²¹³ Manlove, J., Moore, K., Liechty, J., Ikramullah, E., & Cottingham, S. ,*supra note 205*, at 3.

²¹⁴ Allen, Craig M., *Women as Perpetrators of Child Sexual Abuse: Recognition Barriers.*, The incest perpetrator: A family member no one wants to treat,108-125 (1990). (as cited in Hines, D. A., & Finkelhor, D.,2007)

- 1、情人：成年女性認為自己正在與青少男談戀愛，並認為這是一段可以持續下去的關係。
- 2、老師：成年女性簡單地認為自己只是提供性行為與性經驗給青少男，但不認為這是一種浪漫或可以持續下去的關係。
- 3、便利 / 不知情：成年女性和青少男在沒有注意到年齡或是青少年試圖顯示自己比實際年齡大的情況下偶然發生性行為。
- 4、娼妓：在部分地區，有傳統是青少男付錢給成年女性的娼妓以發生性行為。
- 5、剝削：成年女性像具有侵略性的男人一樣，利用青少男容易感到困惑或缺乏經驗的優勢來與之發生性行為。

三、對青少男的影響

Denise A. Hines 以及David Finkelhor的文獻回顧中指出，若與青少男發生性行為的成年女性非出於強制、也不具親屬關係，則大部分的青少男會將此關係視作正向的，大約三分之一會將之視為中性的，非常少數(小於5%) 會將其視為負向的。儘管如此，他們的心理壓力水平略有提高：與沒有這種經歷的男性相比，他們在濫用酒精和故意自我傷害的行為問題稍微多一些，但是他們並不像那些經歷過強迫性遭遇的人那麼痛苦²¹⁵。其實這個結果並不令人意外，畢竟社會目前對性關係的看法仍深受「男賺女賠」的觀念所影響，所以在青少男與

²¹⁵ Hines, D. A., & Finkelhor, D. *supra* note 203, at 308.

成年女性的性關係中，性別因素或許會比年齡因素更具影響力，從而使青少男並不覺得自己受到剝削²¹⁶。

第四款 法定強暴罪關係中的成年女性與青少年

關於此類型的研究非常稀少，文獻回顧中僅提到一份 1986 年的論文針對來自大學生、職校學生、公立學校教師、教會團體、社區團體和專業團體等等的全女性成員做調查，發現有 1.2% 的人曾經在 15 歲前與不具親屬關係的成年女性發生性行為（包括手淫），然而該作者並未區分自願與非自願的性關係，也較無詳細的說明，所以對本議題（法定強暴罪下的性關係）而言較不具參考性，在此也先略而不談²¹⁷。（這也凸顯出對於成年女性對青少年性行為的相關研究稀少，原因可能是這種類型本身數量不多，但也有可能是他存有「不易察覺」的特性。）

第五款 法定強暴罪的立法想像與反思

法定強暴罪的立法預設是想要喝止那些想對兒少下手的「年者掠奪者」，而從相關研究回顧可以發現成年人若與少年發生性行為，確實較可能對少年的發展產生不良影響（例如得到性病、懷孕的比例相對高），又或者說一些狀況

²¹⁶ 筆者想到過去曾看過美國女老師對學生為性行為的新聞，底下網友（特別是男性）的留言大多是「我怎麼遇不到這樣的老師」、「有種衝著我來」等等羨慕語氣，或許也反映「男賺女賠」這樣的觀念威力強大，對許多男性而言，只要有發生性行為總是賺到的。例如這篇新聞即有這樣的現象：蘋果即時—27 歲美女老師 幫 16 歲學生「轉大人」過生日，

<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20170719/1163820/>（最後瀏覽日期：2018/1/12）

²¹⁷ Kilpatrick, Allie C., *Some Correlates of Women's Childhood Sexual Experiences: A Retrospective Study*, *Journal of Sex Research* 22.2, 221-242 (1986). (as cited in Hines, D. A., & Finkelhor, D., 2007)

本來就不好（例如社經地位處於弱勢、家庭功能薄弱）的少年更容易進入到法定強暴罪的關係之中，以性作為與成年人交換資源的方式。

從這個角度來看法定強暴罪介入規範這些「老牛吃嫩草」的案件似乎有其正當性存在，當一名少年因為家庭的經濟弱勢、暴力、缺乏溫暖而想逃離並向外尋求安慰時，作為成年人不該有「趁火打劫」的行為，更理智的做法應該是利用自己經濟、知識、經驗上的優勢，去給予這名少年適當的幫助，縱然兩人已產生情感上的依附，但作為成年人被期待有較高理性自制的能力，不宜與少年發生性行為，否則其應該承擔刑事責任。

然而，本文另外也想反思一些問題，其一是對這些成年人的社經背景感到好奇，因為美國法定強暴罪在 19 世紀的假設是「中產階級男性對工人階級女性的掠奪與性剝削」，然而這樣的形象是否在 21 世紀仍是如此？有沒有可能這些成年人本身也來自弱勢階層，因為自身條件不佳，因此無法在同儕間發展人際關係，所以才轉而到較低的年齡層尋求機會？這些「掠奪者」是否如同法律預設的那樣充滿惡意？又或者基於其所處的社會階層位置、與少年的互動文化而存有不一樣的樣貌？若有相關的調查研究，或許我們除了刑罰的嚇阻之外，也能找到其他避免成年人與少年性接觸的方法。

其二是對於「青少女與成年男性」以外法定強暴罪關係的反思，例如在「青少男與成年男性」這個類型上，同性戀者在社會原本就受到壓抑，本文花了許多篇幅在討論青少女的脆弱性、易受傷害性，也多次提到女性主義者為了充權青少女所做的努力，但是身為同性戀者的青少男受到的關注卻少之又少，光是在性教育中如何解釋「同性戀」已經引發強烈爭議，因此在正規教育得不到資訊的青少男只能透過自我探索或上同志交友網站尋求「前輩」的幫助，而這又更可能使青少男處於被剝削的險境之中，縱使有法定強暴罪的存在，他們

卻可能擔心同志身分曝光而不願意尋求法律途徑²¹⁸。再者，在「青少男與成年女性」的類型中，雖然青少男受到男賺女賠的文化影響，相對被害的感受較輕微，但傷害是否並不存在呢？筆者工作實務中，幾名青少男都曾提到有被外面認識的「哥哥」帶去小吃店、按摩店「開查某」（嫖妓）的經驗，但青少男並不覺得被剝削，反而將之視為一種「轉大人」的儀式，若把這個狀況置入法定強暴罪的構成要件裡，青少男是被害人、性工作者是加害人，而那個「哥哥」是教唆犯或幫助犯嗎？在許多情境裡，被害與加害從來不是兩元對立的存在，尤其在法定強暴罪中，性別、階層與年齡等因素交織在一起，令我們更難去定論什麼誰是掠奪者，誰又是被掠奪者。本文篇幅與能力有限，暫時無法對各種法定強暴罪中的關係做詳盡的分析與評論，在確定了法定強暴罪有其正當性基礎但也有其限制後，以下針對本文的研究核心「少年間的合意性行為除罪化」繼續討論。

第二項 法定強暴罪的排除適用——羅密歐與茱麗葉

第一款 法定強暴罪使少年受到不成比例的懲罰

美國自 1980 年代末期以來，受到重大刑事案件的刺激，開始對性犯罪者採取重刑化的刑事政策，並進行更加嚴格的管制與監控，例如在 1990 年代以性犯罪被害女童為名的「梅根法案」（Megan's Law）即是一個明顯的例子，在美國

²¹⁸ 關於同性戀青少男的遭遇與掙扎，在此文的案例中可以看到非常寫實的描述，參考郭彥伯（2015），《拉菲與竹科男》，刊於苦勞網：<http://www.cooloud.org.tw/node/81492>（最後瀏覽日期：2018/1/12）

的州與聯邦幾乎都採取性犯罪者社區登記與公告的制度，以提供被害人及社會大眾更加周全的保護²¹⁹。

然而，法定強暴罪和性犯罪者登記制度相互配合，原本的立意在於保護低於同意年齡的兒少，懲罰那些「掠奪者」並透過性犯罪者登記制度以提醒居民提高警覺，維護社區的安全，但是，在部分案例中，有些少年卻受到了不成比例、殘酷的懲罰，這可從幾個案例說起：

一、Genarlow Wilson 案

Genarlow Wilson 是一位模範生，他沒有前科紀錄、在校的 GPA 為 3.2，同時他也是一名高中足球明星，已經獲得大學教練的賞識並提供全額獎學金。然而在 2003 年的 12 月，他和一些年紀相仿的朋友租了一間旅館房間舉辦新年前夕派對，在派對中，一名 15 歲的青少女對當時 17 歲的 Wilson 進行口交並被錄影下來。雖然 Wilson 堅稱該名青少女是自願且主動的，然而這並無法抹滅 Wilson 所做的事，他仍被依加重對兒童性猥褻起訴，被判處最低有期徒刑十年且不得假釋，同時也終身被登記為性犯罪者，依法禁止與他的妹妹住在同一個房子裡。依據他的判決，Wilson 在從監獄釋放前必須提供他的居住地、社會安全碼、指紋、相片等資訊給監獄官，這些資訊以及他犯行的性質將會被轉發給警長辦公室，再張貼到他所住的社區以及網路上。另外依據喬治亞州的居住限制法律，Wilson 被釋放後，他將無法在任何幼兒照顧機構、教堂或其他未成年人聚集地的 1,000 英尺內生活或工作²²⁰。如此嚴厲的最低有期徒刑要求使陪審團感到震驚，並在國際上引起強烈批評，在 Wilson 被判刑的一年後，喬治亞州

²¹⁹ 李佳玟（2005），〈近年來性侵害犯罪之刑事政策分析—從婦運的角度觀察〉，《中原財經法學》，第 14 期，頁 20。

²²⁰ Cohen, Meredith, *No Child Left Behind Bars: The Need to Combat Cruel and Unusual Punishment of State Statutory Rape Laws.*, *Journal of Law and Policy* 16.2, 717-719 (2009).

改變了法律，將少年間的合意性行為變成輕罪，只能判處一年以下的有期徒刑，而且不需要被登記為性犯罪者。然而立法者拒絕將新法律溯及既往至 Wilson 的案件，在 Wilson 被監禁兩年多後，喬治亞州的最高法院才宣告 Wilson 被控重罪已經違反憲法保障（禁止殘酷及不尋常的懲罰）因而將 Wilson 釋放²²¹。

二、Michael Peterson 案

在 1996 年的新罕布夏州，19 歲的 Michael Peterson 因為在派對中與 15 歲的青少年發生性行為而被逮補，並被登記為性犯罪者。雖然 Peterson 被判處緩刑，但是依據該州管理性犯罪者的法律，11 年後已婚並育有三名子女的 Peterson 不能當孩子們的教練，也不能參加孩子們的學校旅行，而且 Peterson 作為一個木工，他也不能在靠近孩童的地方工作。基於這樣的困擾，Peterson 的妻子 Laurie Peterson 坦承他丈夫的行為的確不讓人欽佩，但儘管如此，她還是要求新罕布夏州的立法機關通過一項法案，該法案的內容是希望減少起訴少年間的合意性行為，並允許小於二十一歲因少年間合意性行為被起訴者，法官能夠使其免於被登記為性犯罪者。雖然法案被州眾議會所通過，但在州參議院中並沒有得到足夠票數的支持，因此並未變成法律²²²。

三、Jeff Davis 案

康乃狄克州的男子 Davis，因為 18 歲那年在高中自習室讀書時認識了 15 歲的女友，兩人先是成為朋友、接著約會、墜入愛河、經常談論未來——計劃結婚、買房子、共同生活，並發生了性行為，後來女友的功課漸漸下滑，戀情被

²²¹ Georgia Court Frees Man Convicted in Sex Case, at <http://www.nytimes.com/2007/10/27/us/27georgia.html?mcubz=0> (last visited 01/12/2017)

²²² Cohen, M. *supra* note 220, at 720-721.

女友的父親發現，他責怪 Davis，也不認同 Davis 與他女兒的關係，並將 Davis 提報到警局，儘管 Davis 的女友極力解釋兩人正在約會，而且性行為是出於自願的，但是根據當時康乃狄克州的法律，當雙方年齡差距在二歲以內，才不會以二級性騷擾逮捕，這稱為羅密歐與茱麗葉法案，因此與女友年齡相差三歲的 Davis 仍被定罪，雖然獲得了緩刑而未入監執行，但卻面臨 10 年的保護管束期，並被登記為性犯罪者，這造成 Davis 生活很大的困擾，他的消防員夢碎了，只能在零售業或建築業找工作，但求職仍屢屢碰壁，這個案件促使康乃狄克州重新省思年齡差距的條款是否應該擴大到四歲²²³，刑事辯護律師協會的主席 Jon Schoenhorn 認為：「青少年間的性行為更像是一個健康以及社會問題，而不是犯罪²²⁴。」

以上的案例說明了法定強暴罪在美國並不全然打擊到那些利用年齡差距與少年發生性行為的「掠奪者」，反而使得部分的少年因為該罪而受到不成比例的懲罰，使他們的人生與夢想，因為年少時的性行為而破滅，生活也受到極嚴重的影響，而這些案例也促使各州思考性犯罪者登記制度的合理性以及擴大應用法定強暴罪的年齡差距條款。

²²³ 依照目前康乃狄克州的刑法，其年齡差距條款在 2007 年 10 月後已更改為三歲。PENAL CODE: OFFENSES Sec. 53a-71. Sexual assault in the second degree: Class C or B felony. (a) A person is guilty of sexual assault in the second degree when such person engages in sexual intercourse with another person and: (1) Such other person is thirteen years of age or older but under sixteen years of age and the actor is more than three years older than such other person.

參考：Connecticut Law About Statutory Rape，at <https://www.jud.ct.gov/lawlib/Law/rape.htm> (last visited 01/12/2017)

²²⁴ Hilda Munoz, *A Plan to Redefine Teen Sex Offenders*, HARTFORD COURANT, May 3, 2007, at A1. http://articles.courant.com/2007-05-03/news/0705030904_1_offender-statutory-sexual (last visited 01/12/2017)

第二款 少年間的性行為不應被視為犯罪

除了反對讓少年受到不成比例的懲罰以外，越來越多人認為不該將少年間的性行為視作犯罪行為，以下從美國針對法定強暴罪議題的公眾意見調查報告來說明。

一般來說，加害人與被害人的年齡會影響旁觀者對於犯罪的觀感，比起年長的被害人，人們更傾向同情年輕的被害人，也傾向將責任歸咎給年長的被害人，另外比起年長的加害人，人們對年輕的加害人的批判也比較輕微，例如在一個針對 11 歲至 17 歲加害人犯槍擊或縱火案件的調查中，人們認為年輕加害人的理解程度明顯低於年長的加害人，所以在咎責時，人們對年輕加害人的責備明顯較少，而在性虐待的案件中，人們對侵害兒童或年幼青少年的加害人的批判，也明顯比侵害中等至年長青少年的批判來得重，由此可知年齡確實影響了公眾對犯罪的感受²²⁵。

美國學者 Koon-Magnin 與 Ruback 在 2013 年發表的研究中，針對被害人年齡、加害人年齡以及年齡差距對於法定強暴罪合法性看法的影響做了調查，其調查的對象為大學生，之所以選擇這個群體的理由十分有趣：因為大學生處於過渡性的社會狀態，他們已經不是少年，並不受法律的約束，因此他們的意見應該不同於少年，同時，他們也還相當年輕，應該不會像老年人那樣對少年的性行為作出批評。另外，大學生屬於觸犯法定強暴罪的可能群體，因此他們對少年的性與性對象應該有特別的看法。人們會以他們的道德直覺來決定哪些行為是被許可的，哪些行為是被禁止的，並以此產生應該被遵守的法律。學者

²²⁵ Koon-Magnin, Sarah, and R. Barry Ruback, *The Perceived Legitimacy of Statutory Rape Laws: The Effects of Victim Age, Perpetrator Age, and Age Span*, Journal of Applied Social Psychology 43.9, 1918, 1919-20 (2013).

Finkel 將「常識正義」描述為一般公民認為合理公正的東西，當常識正義與法律衝突時，人們就更有可能違反法律²²⁶。

Koon-Magnin 與 Ruback 在研究中發現，在被害人的年齡方面，受訪者對涉及與年輕被害人的性行為的批評明顯高於對年長被害人的性行為，然而，隨著被害人年齡增加到 16 歲，譴責的評分明顯下將，而被害人 19 歲時，受訪者的譴責是極低的。這一個發現與法定強暴罪的立法一致，同意的形式年齡為 16 歲。然而，在同意年齡高於 16 歲的 21 個州，根據受訪者對青少年性行為的看法，法定強暴罪可能過於嚴格，該研究推測大部分州將同意年齡定在至少 16 歲是具有正當性的。在加害人年齡方面，受訪者對被描繪為少年（即 17 歲）的加害人的譴責評分顯著低於被描繪為成年人（即 18 歲和 19 歲）的加害人的評分，而且對於最老的加害人（即 21 歲）的譴責是最高分的，這個結果也和法定強暴罪打擊「年長掠奪者」的想法似乎是一致的，並且也為年齡差距的立法提供了間接的支持，在一些州甚至要求加害人至少需年滿 18 歲才能被起訴²²⁷。在年齡差距方面，受訪者對於 21 歲的加害人與相差 5 到 9 歲被害人發生性行為的譴責，比起 18 歲的加害人與相差 2 歲被害人發生性行為，明顯高出許多，然而需要注意的是，不能僅單純以年齡差距來衡量，尚須考慮被害人或加害人的年齡因素，例如年齡差距一樣是 2 歲，但 18 歲的加害人與 16 歲的被害人，以及 16 歲的加害人與 14 歲的被害人，後者受到的譴責評分是明顯比較高的²²⁸。

從公眾意見調查報告的結果來看，多數的大學生認為年齡差距愈小的少年間合意性行為，愈不該受到嚴厲的懲罰或被當成犯罪處理，而且當加害人的年

²²⁶ *Id.*, at 1920.

²²⁷ *Id.*, at 1923-1924.

²²⁸ *Id.*, at 1926-1927.

齡愈小，其可責性也愈低，這樣的公眾意見調查報告在年齡差距條款的刑事政策上應該可以提供合理的年齡標準參考。

第三項 年齡差距條款與羅密歐與茱麗葉法案的應用

「年齡差距條款」以及「羅密歐與茱麗葉法案」兩者經常被交替使用，它們的目的都是為了避免少年間的性行為受到過度嚴厲的懲罰，但兩者的法律意義仍有些許不同²²⁹，以下分別介紹。

第一款 年齡差距條款

年齡差距條款通常建立在「同意年齡法律」（age of consent law）中，它將年齡相近的少年間性行為從重罪變成輕罪，甚至年齡差距在一定範圍內的少年間性行為根本就不被認為是刑事犯罪²³⁰。在美國的幾個地區與州，年齡差距款被直接規定在法律裡，而不是額外獨立的條款，由於各州的法律結構不盡相同，以下以美國首都哥倫比亞特區法律，以及規定相對細緻的密西西比州法律規定做介紹：

一、哥倫比亞特區（District Of Columbia）

哥倫比亞特區的性行為最低同意年齡為 16 歲²³¹，其所設定的年齡差距條款為 4 歲，其法律規定如下：

²²⁹ Flynn Danielle, *All the Kids Are Doing It: The Unconstitutionally of Enforcing Statutory Rape Laws against Children & Teenagers*, New Eng. L. Rev. 47,681 (2012).

²³⁰ 例如在俄亥俄州（Ohio），行為人被須在 18 歲以上才會被以「與未成年人非法性行為」定罪，這裡的未成年人指的是 13 歲以上未滿 16 歲之人，且若雙方年齡差距在 4 歲內，則屬於第一級輕罪。參考 Ohio Codes 2907.04 Unlawful sexual conduct with minor.

²³¹ Code of the District of Columbia, at <https://beta.code.dccouncil.us/dc/council/code/titles/22/chapters/30/> (last visited 01/12/2017)

(一)、第一級兒童性虐待 (First degree child sexual abuse²³²)

該罪指涉的是與未滿 16 歲的兒童從事性交 (Sexual act²³³)，或導致該兒童從事性交的行為，但行為人必須比兒童年長 4 歲以上。該罪可處以任何年數的監禁或終身監禁，屬於 A 級重罪。

(二)、第二級兒童性虐待 (Second degree child sexual abuse²³⁴)

該罪指涉的是與未滿 16 歲的兒童從事性接觸 (sexual contact²³⁵)，或導致該兒童從事性接觸的行為，但行為人必須比兒童年長 4 歲以上。該罪可處以不超過 10 年的監禁，並且有額外的罰金。

值得一提的是，哥倫比亞特區的性犯罪法律另外規範了關於與青少年 (未滿 18 歲之人) 發生性交 / 性接觸的懲罰²³⁶，但它規定行為人必須在 18 歲以上，且與該名青少年具有「重要關係」(Significant relationship²³⁷)，例如父母、姑舅、祖父母之親屬關係；比被害人年長四歲

²³² Code of the District of Columbia § 22–3008. First degree child sexual abuse.

²³³ § 22–3001. Definitions. (8) “Sexual act” means: (A) The penetration, however slight, of the anus or vulva of another by a penis; (B) Contact between the mouth and the penis, the mouth and the vulva, or the mouth and the anus; or (C) The penetration, however slight, of the anus or vulva by a hand or finger or by any object, with an intent to abuse, humiliate, harass, degrade, or arouse or gratify the sexual desire of any person. (D) The emission of semen is not required for the purposes of subparagraphs (A) - (C) of this paragraph.

²³⁴ § 22–3009. Second degree child sexual abuse.

²³⁵ § 22–3001. Definitions. (9) “Sexual contact” means the touching with any clothed or unclothed body part or any object, either directly or through the clothing, of the genitalia, anus, groin, breast, inner thigh, or buttocks of any person with an intent to abuse, humiliate, harass, degrade, or arouse or gratify the sexual desire of any person.

²³⁶ § 22–3009.01. First degree sexual abuse of a minor. § 22–3009.02. Second degree sexual abuse of a minor.

²³⁷ § 22–3001. Definitions. (10) “Significant relationship” includes:

的法定或實際上監護人；教練、神職人員、巴士司機等等對兒童或青少年有權威或信任關係的人。這樣的立法模式與我國刑法第 228 條的權勢性交罪立法精神相似，只是哥倫比亞特區的法院保障對象僅限於少年（未滿 18 歲之人），不像我國刑法第 228 條對被害人並未有年齡限制。

二、密西西比州（Mississippi）

在密西西比州性行為的最低同意年齡也是 16 歲，但其法定強暴罪的規定較為細緻，是依照被害人的年齡設定不同的年齡差距，並以行為人的年齡給予不同懲罰，節譯條文²³⁸部分內容如下：

§ 97-3-65.

(1) 以下情形觸犯法定強暴罪

(a)、任何人年滿 17 歲以上並與兒童性交（sexual intercourse²³⁹）：

(A) A parent, sibling, aunt, uncle, or grandparent, whether related by blood, marriage, domestic partnership, or adoption;

(B) A legal or de facto guardian or any person, more than 4 years older than the victim, who resides intermittently or permanently in the same dwelling as the victim;

(C) The person or the spouse, domestic partner, or paramour of the person who is charged with any duty or responsibility for the health, welfare, or supervision of the victim at the time of the act; and

(D) Any employee or volunteer of a school, church, synagogue, mosque, or other religious institution, or an educational, social, recreational, athletic, musical, charitable, or youth facility, organization, or program, including a teacher, coach, counselor, clergy, youth leader, chorus director, bus driver, administrator, or support staff, or any other person in a position of trust with or authority over a child or a minor.

²³⁸Mississippi Code § 97-3-65. Statutory rape; enhanced penalty for forcible sexual intercourse or statutory rape by administering certain substances.

²³⁹§ 97-3-65. (6) For the purposes of this section, "sexual intercourse" shall mean a joining of the sexual organs of a male and female human being in which the penis of the male is inserted into the vagina of the female or the penetration of the sexual organs of a male or female human being in which the penis or an object is inserted into the genitals, anus or perineum of a male or female.

(i) 兒童年齡在 14 歲以上未滿 16 歲;

(ii) 兒童比行為人年輕 36 個月以上;

(iii) 兒童並非行為人的伴侶

或(b)任何人與兒童性交：

(i) 兒童年齡在 14 歲以下

(ii) 兒童比行為人年輕 24 個月以上;

(iii) 兒童被非行為人的伴侶。

(2) 被害人的同意以及不守貞節均不能作為法定強暴罪的抗辯理由。

(3) 定罪後，行為人應被判處：

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

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

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

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

本文認為從這樣的立法例可以清楚看到法定強暴罪想打擊的對象是那些「年長掠奪者」，至於 21 歲以下的行為人就依照他們與被害人的年齡差距、被害人的年齡給予不同程度的懲罰，對 13 歲以上未滿 18 歲的行為人（例如 17 歲行為人和 13 歲的被害人的案件）考量行為人畢竟未成年，由法院酌情裁量則是一種彈性的作法，較能兼顧個案情況與公平性。

年齡差距條款意識到，在年齡相近的人之間，存有脅迫或剝削的風險並不高，為了公平起見，許多州都有年齡差距條款的存在，以避免青少年受到不公平的懲罰。同時，也因為法定強暴罪比「強制的」（forcible）強暴罪多出許多，因此需要年齡差距條款來限制進入法院的案件數量，避免法院負荷量過重，以達到節省時間與金錢的政策基礎目標。總體來說，推行年齡差距條款的刑事政策，除了能夠確保懲罰是公正的以外，還有助於司法資源的經濟性²⁴⁰。

第二款 羅密歐與茱麗葉法案

有一些州的法律裡沒有年齡差距條款，但他們的司法系統會採取羅密歐與茱麗葉法案來避免少年受到過於嚴厲的懲罰。羅密歐與茱麗葉法案並不是直接規範一條法律來技術性的使年齡相近的少年間的性行為除罪化，也就是說他們仍會被依法起訴，但是羅密歐與茱麗葉法案給予行為人做「積極答辯」（affirmative defense）的機會²⁴¹，以下以德克薩斯州（Texas）做說明：

德州刑法典 Sec. 22.011. (a) 2 明定任何人不論在行為時知道兒童的年齡與否，只要與 17 歲以下的兒童性交即會構成性侵害（Sexual Assault）。然而同條款 Sec. 22.011. (e) 則規定行為人若有以下幾種情況，在以本條款 Sec. 22.011.

(a) 2 起訴時得以提出積極答辯：第一種情況是行為時行為人是被害人的配偶；或第二種情況是行為人必須不比被害人年長三歲以上，而且符合(i) 根據「刑事訴訟法」（Code of Criminal Procedure）第 62 章未被要求終身登記為性

²⁴⁰ Flynn, D. *supra* note 229, at 688-689.

²⁴¹ Smith, Brittany Longino, and Glen A. Kercher, Adolescent sexual behavior and the law, Crime Victims' Institute, Sam Houston State University, 11 (2011), available at: https://www.helpingservices.org/DVA-training/Resources/SA-Law/Adolescent_Behavior_3.1.11.pdf (last visited 01/12/2017)

犯罪者；或(ii)並不是第 62 章下被通報根據本條款所定犯行必須判決或裁定者。另外被害人也須滿足兩個條件：(i)年滿 14 歲以上以及(ii)與行為人非亂倫的關係。這種積極答辯令被告（行為人）得以證據優勢（preponderance of the evidence）證明與積極答辯相關的事實，如果被告能夠成功說服陪審團支持積極答辯的事實是真實的，那麼應該判決被告無罪並將之釋放²⁴²。

在不同的州，羅密歐與茱麗葉法案的規定不同，它可能對法定強暴罪的行為人提供較輕的刑期，例如從重罪變成輕罪，也可能是讓觸犯法定強暴罪的行為人免於被登記為性犯罪者²⁴³。有學者指出，羅密歐與茱麗葉法案雖然具有「保護意圖」，但它卻允許法官或檢察官「挑選」他們希望進行調查或起訴的案件，雖然有積極答辯的機制，但是被起訴對於一個年輕人來說仍然是一個費神且困難的經驗，除此之外，賦予司法機關起訴裁量權的結果，通常也會伴隨著性別偏見以及種族偏見的典型現象²⁴⁴。

第五節 小結

本章爬梳了美國法定強暴罪的演進及發展，在早期的年代裡，女性的貞節是父權社會中的家族財產，法定強暴罪的重點是確保白人女性進入婚姻前的貞節，以保證家族的名譽、父系血統的純正。到了 19 世紀與 20 世紀之交，工業化與城市化導致社會氛圍巨變，第一波的改革者將重心放在拯救移民與工人階級女孩的性道德，企圖使他們渴望中產階級的價值觀和家庭結構，成為溫暖婚

²⁴² The Texas Sexual Assault Law , available at <https://saputo.law/criminal-law/texas/sex-crimes/sexual-assault/#affirmative-consent> (last visited 01/12/2017)

²⁴³ WHAT ARE THE ROMEO AND JULIET LAWS ,at <https://sex-crimes.laws.com/statutory-rape/romeo-and-juliet> (last visited 01/12/2017)

²⁴⁴ Flynn, D. *supra* note 229, at 691.

姻裡體面的女人。然而 1980 年代到 1990 年代的第二波女性主義者則察覺到了性道德的雙重標準，並設法改變法律的不平等現象，他們推動性別中立的立法，並使用了年齡差距條款，以確保法律的打擊對象。到了在 2000 年左右，福利政策的緊縮以及經濟因素主導了法定強暴罪的執行，法律瞄準的是非白人和不道德的人口，也就是那些未婚懷孕、領取公共援助的青少女小媽媽，法定強暴罪被嚴格執行，試圖嚇阻那些使青少女懷孕的成年男子，縱使其執行成效並不如預期。

從上述法定強暴罪刑事政策的沿革中，我們可以發現它的核心價值與政策目的不停地在改變，因應時代的變遷、性道德的堅持、女性主義的影響、執政黨的福利政策重心等等因素，法定強暴罪被使用於滿足特定的期待。然而，在近代以來少年的性行為越加開放，社會的價值觀也開始改變，將少年間的性行為視為犯罪的觀點受到了質疑，大眾對於少年間的性行為是否依定要由刑法介入規範產生疑問，然而觸犯法定強暴罪的少年在性犯罪者登記法案與法定強暴罪相互搭配的法律制度下卻受到了不成比例的懲罰，這些因素促使美國各州思考解套方案，於是擴大了年齡差距條款、羅密歐與茱麗葉法案運用。

美國學者 Cocca 指出美國的法定強暴罪經過大量的建構與重建，特別是在這一百年裡，法律修正的歷史與論述已經說明了它的定性是既保護又懲罰少年的性行為。尤其在美國面臨未婚懷孕、福利支出負擔沉重的情況下，將這個社會問題歸咎於個人——青少女和他們的性伴侶，特別是那些低收入者，並採取嚴格執行法定強暴罪的做法，Cocca 認為這樣的刑事政策未考慮結構性的問題、制度的錯誤或意識形態的矛盾，僅僅是因為個體行為比全球化所造成的經濟混亂，或是公民權利和女權運動所帶來的影響更容易控制，但是貧窮以及家庭性質的改變，都不可能透過規訓女性的身體來阻止，關於法定強暴罪的辯論始終

側重於個體私人道德，而不是深入了解關於性別角色和性別平等、婚姻和家庭、性與性暴力以及貧窮與資本主義的文化假設²⁴⁵。

從美國法定強暴罪的研究與文獻中進行反思，帶給本文一個不同的視野，即是透過較宏觀的多元視角來思考我國刑法第 227 條所面臨的問題，從父權的歷史、性道德的治理、女權主義的意見分歧到涉及階級種族議題的差別執法，都讓我們見識到國家介入兒童及少年性議題的複雜性。本文認為我國刑法第 227 條同樣是一個既保護又懲罰少年的法律，並且從第三章的論述中，可以看到刑法第 227 條在實務上帶來的困境。反觀美國當代的法定強暴罪發展，可以看見其立法者對於「打擊年長掠奪者」的決心，同時也為「羅密歐與茱麗葉」尋求解套，本文認為這或許是一個我國刑事政策得以學習的方向，針對年齡相近的少年間性行為，採取年齡差距條款的立法以避免少年進入刑事司法系統，並以教育輔導方式介入，一方面尊重少年的性自主權，另一方面也給予溫和的保護及適當協助，至於年齡差距過大，存有潛在性剝削風險的關係，則根據刑法第 227 條予以限制，以避免規範不足無法保護兒童及少年。不過，在刑法第 227 條的執行上，我們也不能忘記美國經驗帶給我們的警惕，如果只是期待刑罰能夠一次解決未婚懷孕、性傳染病等問題，那麼終究是緣木求魚。再者，美國開始對法定強暴罪中各種成年人與青少男、少女的性關係進行研究，同時也關注同性戀者等性少數在執法上得面臨的問題，這些研究趨勢也值得我國借鏡，並期待我國能有更多本土化的研究出現，對於刑法第 227 條以及妨害性自主罪章的修訂都將有更多元的觀點，以形成更加完整的刑事政策。在下一章節中，本文將從美國法定強暴罪給予的知識基礎與啟發中，進一步的去回應我國刑法第 227 條的相關議題。

²⁴⁵ Cocca, *supra* note 142, at 27-28.

第五章 回應我國刑法第 227 條的相關爭議

第一節 從美國法定強暴罪經驗反思我國狀況

在回顧美國各時期的法定強暴罪敘事時，可以發現有許多現象與我國似曾相似，以下美國法定強暴罪所呈現的幾個議題與我國刑法第 227 條的發展、應用相互呼應與比較：

第一項 源於貞節的立法精神影響至今

美國早期的法定強暴罪所要保護的對象是具有貞節品格的白人女性，訴訟中會特別檢視被害人過往的性歷史，並認為仍是貞節的女性才有保護的必要。這樣的法律是為了確保女性進入婚姻時是處女的狀態，在父權體制裡，特別強調女兒與未來妻子的貞節，以確保家族血統的純正，進而維護父親、丈夫和國家的利益，而不是為了保障個人的性自主權能不受侵害。

若追溯中國古代對女子貞操的重視，在秦始皇統一中國後，就曾在許多地方立碑刻石，強調女子貞節的問題，例如會稽刻石：「飾省宣義，有子而嫁，倍死不貞。防隔內外，禁止淫泆，男女絜誠。夫為寄殺，殺之無罪，男秉義程。妻為逃嫁，子不得母，咸化廉清。」到了漢朝更是禮教形成的重要時期，禮節提倡女子「從一而終」，學者也大力提倡貞節，並著有《列女傳》、《女誡》等書，然而在中國歷史上的貞操觀念並非形成後就越來越嚴格，而是寬嚴反覆的，例如隨、唐時代相對寬鬆、開放，但宋朝中葉過後又越來越嚴格禁錮，明、清之後更愈演愈烈，在宋代程朱理學「存天禮，滅人欲」的思想指導下，極力提倡女子守節，而有「餓死事小，失節事大」的名言，明、清時代更有《內訓》、《古今列女傳》、《母訓》等書的宣傳，配合朝廷的立法推動，

進而影響整個社會，例如鼓勵寡婦為亡夫守志不改嫁，50 以後不改節者可以獲得政治表彰「旌表門閭」，並獲得經濟優惠「除免本家差役」，從清代以後婦女基本上都需要遵從「守身為女子第一義」、「婦為夫死，古之大經」這兩大信條²⁴⁶。

由古至今對貞節的提倡被深深復刻在法律中，從清代一直影響到民國以後的刑法，我國對與兒童及少年性行為的犯罪化同樣從對貞操的保護開始，在 1999 年以前刑法的「準強姦罪」、「姦淫幼女罪」被規定在妨害風化罪章，在過去重視婦女貞節、遵從禮教的社會氛圍裡，損害幼女的貞操被認定是一種傷風敗俗，有損社會道德的行為，因此必須以刑法懲戒。然而對貞操的擁護，實際上是產生於私有制、父權社會、一夫一妻的制度之下，女子在婚姻中淪為男子的附庸，妻子要為丈夫盡義務，最主要的就是傳宗接代以及恪守貞操，相反的男子可以納妾或在外拈花惹草，因為這不影響父系家族的血統繼承關係²⁴⁷。

考究貞操觀念的歷史脈絡，再對照現代社會男女平權的思潮，可以知道貞操觀念已不適合現代社會且應該被揚棄，但是，近代以來在婦運團體以及女權運動的努力下，雖然父權體制已經有所動搖，然而千年以來的貞節包袱仍如同鬼魅糾纏著女性，性議題裡「男賺女賠」的觀念依然深植人心，如同第三章第四節所提到的實務困境，父權的壓迫與貞操的枷鎖從未被真正地根除，現今仍然有家長為了女兒的貞操受損而感到痛苦，並藉由提告以討回公道的事例：

節錄臺灣高雄地方法院刑事附帶民事訴訟判決 104 年度侵附民字第 5 號：

「原告起訴主張：被告明知原告 B 女係 14 歲以上未滿 16 歲之女子，竟基於與 14 歲以上未滿 16 歲之女子為性交行為之犯意，於民國 102 年 10 月間至 103

²⁴⁶ 劉達臨（2001），《性的歷史》，頁 199-205，臺北：臺灣商務。

²⁴⁷ 同前註，頁 198-199。

年2月間，先後3次與原告B女發生性交行為，致原告B女身心受創甚深，且被告毫無悔意，亦無和解誠意。另原告A女係原告B女之母，平日對原告B女疼愛有加，見原告B女受此蹂躪，深感自責及痛心，且監護權受被告嚴重破壞，又被告未見悔意，原告A女更覺痛苦。被告利用原告B女年幼無知，對原告B女加害程度嚴重，爰依侵權行為之法律關係，請求損害賠償。」於本案例中，法官認為：「刑法第227條第3項之對於14歲以上未滿16歲之男女為性交罪，立法意旨在於，因該等未成年人之身心均尚未成熟發展，為免其身心健康因性交行為而受損害，故以法律擬制該等未成年人並無同意與他人為性交行為之能力。是縱使行為人得到未滿16歲女子之同意，而與之發生性交行為，仍屬不法侵害其貞操權之行為，自應負侵權行為損害賠償責任。」最後判處：「被告應給付原告B女新臺幣參拾萬元，及自民國一百零四年一月十日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。被告應給付原告A女新臺幣拾萬元，及自民國一百零四年一月十日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。」

也有行為人以和青少年結婚作為和解條件、獲得緩刑的實例：

節錄士林地方法院刑事簡易判決101年度審侵簡字第4號：「爰審酌被告明知A女為國中生，對於性行為之判斷能力未臻成熟，竟無法克制自己之性衝動而與之為性交行為，其犯罪之動機、目的均有不當，對於被害人A女身心健康與人格發展足生不良影響，惟念及其犯後已能坦承犯行，且與被害人A女及其法定代理人達成和解，並保證照顧A女爾後之生活，目前與A女共同居住並準備訂婚事宜，被告之法定代理人於本院審理時亦表示同意上開和解條件，暨被告之犯罪動機、目的、手段、為高職肄業之智識程度、與被害人A女為男女朋友之關係、目前從事防水工作之經濟狀況等一切情狀，分別量處如主文所示之刑，並定其應執行之刑，以示懲儆。末查，被告前未曾因故意犯罪受有期徒

刑以上刑之宣告，本院認被告應係一時衝動，未加思慮而為本件犯行，且被告與被害人本即互有情愫，被告於犯罪後坦認犯行，並與告訴人達成和解，並徵得雙方法定代理人方同意準備履行和解條件（即訂結婚事宜），以徵其悔意，信被告經本件刑事偵審程序後，當知所警惕，應無再犯之虞，所宣告之刑以暫不執行為適當。」

在這兩個案例裡，原本要保障兒童及少年性自主權或身心健全成長的目的已經變質，很大一部分的考量是為了守護傳統父權社會下所建構的女性貞操以及性道德觀，例如前述判決的和解條件，行為人與被害人交往而性交不被允許，但與被害人以結婚為前提而同居卻可行，如此一來保護兒童及少年性自主權或身心健全發展之目的已不復見，事實上根本是為了保障青少年的貞操（奪走青少年的童貞就必須和她結婚以示負責，如此才稱為有悔意）而存在。

有學者指出在父權與法律謀略結合的暴力面前，我們應當有挑戰法律的勇氣，並進一步拆解法律所建構出來的客觀性與中立性的假象²⁴⁸。如果貞節觀念仍牢牢地與刑法第 227 條交織在一起，那們近年來我們所欲賦予刑法第 227 條的新價值—保障兒童及少年的性自主權、健全成長權，將很難被真正實踐，縱使在法律文字上，刑法第 227 條的被害人已經從「女子」改為「男女」，但也僅僅是表面上法律符號的替換而已，真正的性別平等精神仍在遙遠的彼方。

第二項 利用刑法矯正不符合性道德的少年

19 世紀末到 20 世紀初的白人中產階級女性認為建立溫暖的家庭、成為體面的妻子才是女人最佳的出路，如果在婚前就發生性行為，將會減損女人的價

²⁴⁸ 王曉丹（2015），〈「拆解」防治性別暴力的法律：文件格式化、敘事失語以及文本性現實〉，《性別平等教育季刊》，第 71 期，頁 34-43。

值，失去進入幸福婚姻的機會，在這樣的性道德宣誓下，工薪階級的家長因為無法再嚴密控制他們進入都市打工的女兒，所以經常與警察、少年法院等部門聯合起來，將這些少年送入司法系統並企圖予以矯正，而這些少年通常是女性、少數移民、來自工薪階級，因此彰顯了法定強暴罪在性別、種族、階級的差別執法。

雖然時空背景與我國現在已相差 100 多年，然而這樣的現象仍然值得我借鑒。首先，人們對婚前性行為的接受度雖然有所提高，但仍不是社會所鼓勵、正面看待的行為。從家長的角度來看，父母投入工作是為了維持家庭運作，養育孩子安穩成長，大部分父母都期待孩子能夠投注心力於學業，好好讀書考試或是培養一技之長，將來穩定就業並自立生活，之後才是認識異性與人生伴侶，組成自己的家庭。因此，對家長而言，青春期的孩子正面臨國中會考、高中指考、統測等重大升學考試，正是決定未來的關鍵時刻，應該將心思都放在課業與考試上，而不是分心去談戀愛，因此家長希望將孩子隔絕於色情、不要太早談戀愛、太早發生性行為，自然有其顧慮及道理。尤其是對生養女兒的家長而言，傳統觀念認為「女孩要留好名聲給人家探聽」，如果被別人（左鄰右舍、親朋好友）知道女兒很早就交男朋友、很早就有性經驗，畢竟不太名譽，如果不小心未婚懷孕，更會影響女兒未來的擇偶及婚姻。因此，有時家長對於性道德的捍衛，僅是出於家長想要保障孩子的前景（包含工作與婚姻發展），這樣的「家長愛」而已。然而，本文認為現在正是我們該檢討這種性道德與期待是否合理的時候了。

青春期的孩子有向同儕認同、逐漸脫離父母而獨立的特質，同時也是對性正好奇、對異性感興趣或嘗試與他人發展伴侶關係的階段，一味地去壓制這種本能，告誡青春期的孩子「不要胡思亂想」，要求孩子在青春期只能讀書與升

學，卻希望他們在成年後能夠盡快結交伴侶、組成家庭，這種要求是不切實際的，因為如何與異性相處、如何維繫親密關係，這都需要時間、經驗與練習，同時也需要成年人的建議與引導。許多家長在其成長的年代也未受過性教育、情感教育，自然會對孩子的性教育絕口不提，認為青少年應該壓抑或自己解決情慾，性的問題長大自然就會懂了，但實際上這只是讓青少年自行在混亂而未經篩選的資訊大海裡摸索而已²⁴⁹。

除了部分家長過度保護孩子的問題之外，台灣社會長期處於低薪過勞的勞動環境中，許多勞工家長面對的是不停輪班、超時工作的狀況，因此能與孩子相處的時間自然減少，假如又是單親、隔代教養等較弱勢的家庭結構，則又更削弱家庭教養的能量，更遑論與孩子討論性教育（我們很難期待在加工區輪兩班制或是每天開 12 小時貨車的單親家長，能夠花時間陪伴孩子並與之詳細的討論性議題）。此時，學校能否提供性教育、情感教育來彌補家庭功能的不足，就是一個很重要的關鍵，然而，正如同我們在第三章的困境中所提到的，學校在升學主義的氛圍以及相關法律、通報規定的壓力下，原本就鮮少有和學生談性議題的空間，現在連要教學生什麼樣的性教育都還有爭議。

令人更憂心的是，現在的少年身處網路世代，在 3C 產品、社群媒體盛行的環境中，要接觸色情或交友幾乎沒有門檻，偷嘗禁果的機會自然升高。兩小無猜的案件常伴隨著激烈的親子衝突，有時家長不曉得該如何因應，便轉而尋求國家公權力的介入，刑法第 227 條就是一個把少年性行為視為犯罪的法律，它給予家長一個管教的正當理由，去告知少年「你們在滿 16 歲以前發生性行為就是有罪」，而當事情真正發生的時候，也有家長以提告作為手段，希望能約束孩子回歸家庭，或迫使孩子接受自己的價值觀，此時，法律便成為矯正不合

²⁴⁹ 葉大華（2001），〈台灣囡仔「性」福嗎？〉，《新使者雜誌》，第 64 期，第 5-8 頁。

於性道德的少年的工具，但這種矯正往往是對少年發展的一種壓抑而非導正，正如第三章提到的相關實務困境，最後司法可能淪為家長宣洩情緒、控制孩子的場域，也可能在少年身上留下性污名烙印，因為我們的法律已宣告少年的性就是犯罪(縱使雙方合意且都是少年)，如果這樣的「犯罪化」的定性不改變，縱使在實務執行上如何改善調整也無法扭轉這種觀點所產生的負面效應。

第三項 對刑罰的過度期待—刑法在少年性議題的極限

不可否認地，刑法第 227 條在保障兒童及少年不受性剝削上確實有其意義存在，社會新聞中也經常出現：「吃定國中女不懂事 渣男性侵少女脅迫拍不雅照²⁵⁰」、「準消防員至少誘騙 6 名少女拍裸照性侵 法院判 15 年²⁵¹」、「工程師誘侵少女 色心不改再犯重判 10 年 2 月²⁵²」這類的事件，針對這些利用兒童及少年社會經驗不足、智識經濟均處於弱勢，而對其加以拐騙、利誘，再與之發生性行為的成年人，的確有施以刑罰的必要。然而嚴格的執行刑法第 227 條，並將年齡相近的少年間合意性行為也以犯罪的眼光看待，真的能夠嚇阻少年不要從事性行為，並降低未婚懷孕、性病傳染的機率嗎？

美國的經驗給了我們一些參考，他們在嚴格執行法定強暴罪之後，未婚懷孕的比率並沒有顯著下降，反而衍生青少年轉而尋求密醫、執法機關針對少數種族偏差執法等狀況，因此醫藥與公眾健康領域的學者 Goodwin 認為法定強暴罪附加的刑罰產生了經濟與社會的外部性 (externalities)，由於各州需要支出起訴、監禁和家庭惡化的成本，反而破壞了各州經濟與社會的議程²⁵³。也就是

²⁵⁰ 中時電子報，<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20180422002500-260402>（最後瀏覽日期：2018/05/18）。

²⁵¹ 聯合報，<https://udn.com/news/story/7321/3150027>（最後瀏覽日期：2018/05/18）。

²⁵² 東森新聞，<https://news.ebc.net.tw/news.php?nid=109996>（最後瀏覽日期：2018/05/18）。

²⁵³ Goodwin, *supra* note 40, at 491-492.

說，如果我們面對未婚懷孕與性傳染病等問題，是把解決方式寄託在刑法的威嚇力，那麼我們可能會支出更多花費在刑法介入所衍生的費用，而壓縮到用於公共衛生、教育等預防措施的經費。

在現行的刑法第 227 條運作下，少年初次性行為年齡仍不斷降低、青少年懷孕逐年增加、性傳染病感染逐年升高的問題依然存在，可見刑法的一昧禁止並無法緩解問題。如果家長、學校不花費更多心力在孩子的性教育上，政府相關單位也未積極宣導與推動公共衛生的政策，僅僅是拋出一句「刑法禁止少年性交」是無法阻斷少年對性所產生的好奇與嘗試的。刑法的功能有其極限，它並不能取代教育與公共衛生政策，我們也永遠不可能寄望一條刑法來解決一個複雜的社會問題。

第二節 台灣各界對少年性議題的意見分歧

美國法定強暴罪修訂的過程中，女權主義者與宗教勢力經常需發揮各自的影響力對立法者進行遊說，而自由女性主義、基進女性主義等不同流派的女性主義者對於法定強暴罪如何修訂以及年齡差距條款也都有不同的見解。我國也受到美國女性主義思潮影響，女權意識逐步提升，許多婦運團體在修法過程中發揮關鍵力量，例如 1999 年刑法妨害性自主罪章的修訂即是一個明顯的例子。

除了婦女運動之外，在 1990 年代以後，台灣的同志運動開始成長茁壯，在學術上延續女性主義的發展，關於性權、酷兒的論述開始生根，相關的批判促使社會反省對性的壓抑以及對性少數的態度，在社會運動上也可以看到同志的抗爭行動以及對公共議題的參與²⁵⁴，然而與此相對的是宗教與家長團體的出

²⁵⁴ 喀飛（2015），〈台灣同志運動的歷史回顧〉，載於：苦勞網
<https://www.cooloud.org.tw/node/83827>（最後瀏覽日期：2018/07/21）

現，例如真愛聯盟、守護家庭聯盟、信心希望聯盟等，他們的主張常與同志團體站在對立面，在「兒少性權」的議題上也有激烈交鋒。關於刑法第 227 條的兩小無猜除罪化議題，雖然婦運團體曾多次舉辦座談會、研討會進行社會對話，但卻始終無法達成共識，不同的婦運團體、宗教團體、同志團體也抱持著不同意見。在我國相關團體輿論者對刑法第 227 條存廢與修正的意見大概可以分為以下幾種：

第一項 廢除刑法第 227 條，支持兒少性自主

人民民主陣線在 2015 年的同志大遊行提出廢除刑法第 227 條的政見，其認為兒少的性不應該被壓抑，任何人的性只要出於「合意自主」都不應被入罪，因為懲罰無助我們協助兒少面對性的機會。人民民主陣線並在 2016 年推出「人民咖大聲」的網路電台，邀請不同領域者分集討論刑法第 227 條的議題，有國小老師認為事件一旦進入通報系統，會破壞師生信任關係，擠壓教育與輔導的空間，法的進入弱化了成人介入處理的能力，應該進入家庭脈絡去理解家庭的互動關係、如何對待性這件事情，回到教育與輔導本身，教導孩子該承擔責任、判斷利益²⁵⁵。人民民主陣線認為兒少才是主體，如果有成人陪伴分析的話，主體的成長才會越來越完整，再者他們也相當關心性少數（如同志）或性弱勢（新移民、身心障礙者）者對性的探索與需求，並認為不該透過刑法來斷開對錯，將底層弱勢者再往暗櫃擠壓²⁵⁶。

²⁵⁵ 【人民咖大聲】第 1 集「翻修刑法 227—老師篇」，

<https://www.youtube.com/watch?v=nvdIUQJPZCA>（最後瀏覽日期：2018/01/12）。

²⁵⁶ 邱皓庭、李健裕、姚立強，同註 1。

第二項 刑法第 227 條的部分除罪化，以服務供給替代懲罰

勵馨基金會認為兩小無猜案件因為刑法第 227 條的介入而使教育現場無法發揮情感教育與輔導支持的功能，同時也容易淪為家長控制孩子的工具，而且每年司法花費在兩小無猜案件的成本即高達 2 億 1502 萬元，因此勵馨提出以性平法和兒少權法取代刑法，將現行的兩小無猜案件正名為「未成年人親密關係伴侶事件」，而不再是由司法處理的性犯罪，改以教育、輔導的方式，由學校老師及社工處理未成年人的家庭關係與親密關係²⁵⁷。在修法方面，勵馨基金會曾委託學者於 2016 年進行了「兩小無猜事件處遇執行之跨國分析比較」的研究，其結論是建議參考美國年齡差距條款的做法，將年齡差距在三歲以內者予以除罪化或不罰²⁵⁸。

另外，也有實務律師認為刑法第 227 條不可能全部廢除，因為「孩子根本沒有意願可言，因為什麼都不懂。如果廢掉了，就等於對 16 歲以下的『合意性交』，完全沒有任何處罰。」至於刑法第 227 條的第三項、第四項則因青少年的性資訊發達，可能有除罪化的空間，然而論者也指出這並不代表 14 歲至 16 歲的未成年人性行為都是兩小無猜，其前提必須是「交往狀態、愉悅情況」才是真正的兩小無猜²⁵⁹。本文認為這樣的說法仍肯定刑法第 227 條的保護功能，

²⁵⁷ 刑法第 227 條怎麼看？ 勵馨提兩小無猜除罪化，公民行動影音紀錄資料庫，

<https://www.civilmedia.tw/archives/39452>（最後瀏覽日期：2018/01/12）。

²⁵⁸ 蘇芊玲、楊佳羚等（2016），《兩小無猜事件處遇執行之跨國分析比較》，財團法人勵馨社會福利事業基金會臺灣性侵害受害人政策檢視及倡議延伸計畫，載於總統府司法改革國是會議第五分組第六次會議參考資料，<https://justice.president.gov.tw/meeting/48>（最後瀏覽日期：2018/01/12）

²⁵⁹ 同前註 257，引用紀冠伶律師之意見。

但傾向將兒少幼體化與純潔化，係以保留的態度，有限度地採取部分除罪化的立場。

第三項 反對廢除刑法第 227 條或兩小無猜除罪化

反對者以部分家長、宗教團體為主，其認為兒童及少年並無法真正知道性行為可能帶來的後果，若廢除刑法第 227 條則可能被有心人士利用，以各種利誘的手段來促使兒童及少年「合意」發生性行為，再者，家長也擔心廢除刑法第 227 條等同於鼓勵兒童及少年發生性行為，既然我們的社會一樣禁止兒童及少年飲酒、抽煙、開車，則禁止其過早發生性行為也是出於保護兒童及少年身心健康發展的目的，而不是為了剝奪其權利²⁶⁰。

其他認為刑法第 227 條有存在必要的論點也包括兒少的社會經驗不足，有時並不清楚如何拒絕，因此可能有少年在逃家期間因為在孤單陌生的環境受到網友幫助，而在被性侵時不敢反抗，連「意願被違反」都無法表達，因此被認定為合意性交無法適用刑法第 221 條，之後只能因為其年齡未滿 16 歲而使用刑法第 227 條去追訴加害人。婦女新知基金會認為刑法第 227 條在兒童及少年無法拒絕、難以舉證的情況下仍有其功能，然而其並不否認刑法第 227 條在現有的架構與設計上有許多問題，因此建議應該重新檢討「性的同意能力與自主」的判斷標準，並全盤檢視整個「妨害性自主罪章」的問題，而不是透過廢除刑法第 227 條單一法條而造成保護不足²⁶¹。

另外也有論者擔心權力不對等的狀況不一定會只發生在成年人對兒少的情況，也可能發生在同年齡者之間，尤其是少年的同儕團體中，有些青少年必須

²⁶⁰ 北市小聯會聲明：嚴正反對廢除刑法 227 條，同註 2。

²⁶¹ 婦女新知基金會，同註 5。

透過身體才能換得團體的認同，或是青少女在半推半就的情況下與青少男發生性行為，事後感到才懊悔，因此刑法第 227 條的兩小無猜類型如果除罪化，可能也有風險²⁶²。這個論點在美國亦有基進女性主義者提出，希望我們能看到男女在性議題中的不對等，有時年齡甚至加劇了這種不對等，兩個年紀相同青少男、女性行為不一定是出於合意，青少女基於其脆弱、易受傷害的特質而有必要特別保護。

第四項 對兒少極端保護論的批判

學者何春蕤認為我國法律將兒少描述為需要保護、易受傷害的無辜形象以操縱大眾的情緒，並藉此擴大法律懲罰的範圍，對兒少在性的隔絕上更加地嚴峻，完全把兒童與青少年兩個群體混為一談，且達到全面的「去性化」，以保護之名否定其主體性，同時也剝奪其性自主權²⁶³。此外，其也認為所謂的為兒少充權、尊重青少年自主都只是一種「被監督的自主」，在「被掏空的自主」中，所有兒少對性的接觸與探索都會被定義為性侵害或性騷擾，嚴重壓縮了兒少情慾發展的空間，如果有兒少堅持其情慾自主，最終只是被視為偏差行為進入司法系統中被懲戒²⁶⁴。在性解放的觀點下，學者認為大人對青少年的性所產生的高度關切與焦慮，乃是源自於自身對性慾、開放性教育的無力感，因為無力處理自己的問題，因此連帶對青少年探索身體與情慾的行為予以禁止，縱使大人們想盡辦法去恐嚇、壓抑青少年的情慾，但在這個充斥性刺激的社會環境

²⁶²李麗芬（臺灣展翅協會秘書長），同註 4。

²⁶³何春蕤（2011），〈臺灣法律中的兒少主體〉，《中華性／別：年齡政治機器》，頁 194-196，香港：圓桌文化。

²⁶⁴何春蕤，同前註，頁 202-203。

裡，青少年的性探索仍會發生，只是他們的情慾活動轉為地下化而已²⁶⁵。有些人或許覺得青少年性知識不夠，貿然從事性行為會很危險，然而過馬路很危險、操作電器也很危險，但我們會耐心、持續的教導青少年，示範並講解直到他們學會，因此學者認為對性教育也應該有一樣的努力跟投入，社會的責任是主動積極地去創造一個開放、愉快且自在的環境，讓青少年的性更加安全，更有利青少年的人格發展，並促進兩性的平等²⁶⁶。

學者甯應斌則認為在當前「極端保護觀」之下，兒少被放置於成人所打造的無菌真空室，但這無益於兒少的成長，反而使其喪失學習的機會，進而養成陽奉陰違或脫離現實的兒少，另外其也批評性保守團體將「保護兒少」製作成一隻「反性的木馬」，侵入社會的各領域，因此其主張一個合理的兒少保護觀必須保障「青少年的性權利與性自由」²⁶⁷。

第五項 本文的回應與立場

第一款 年齡相近的少年間合意性行為應除罪化

本文認為刑法第 227 條仍有其功能，有保留之必要，但是年齡相近的少年間合意性行為應予以除罪化。本文主張刑法第 227 條的保留，並不是為了將少年幼體化、純潔化，也不是因為年齡差距大的行為人與少年之間的性不道德、不被接受而需要懲罰，而是年齡差距大的性關係對少年而言確實比較特殊，存有不平等的風險。

²⁶⁵ 何春蕤（1994），《豪爽女人》，頁 134，臺北：皇冠文學。

²⁶⁶ 何春蕤，同前註，頁 178-179。

²⁶⁷ 甯應斌（2011），〈極端保護觀：透過兒少保護的新管制國家與階級治理〉，《臺灣社會研究季刊》，第 83 期，頁 278-281。

從少年的角度出發，其每天最常接觸的社交對象通常是年紀相仿的同儕，他們可能一起上學、一起補習、一起從事社團活動，有大量相處時間，因此也比較自然地會將對方當成發展親密關係或是進行性探索的對象。然而，在少年的世界裡，如果遇見年齡差距較大者或是成年人，他們通常是老師、指導者，或是其他在學校以外領域所遇見的人，例如年長的親戚、網友、朋友介紹認識的乾哥乾姐，這些人對於少年來說，在人際的位置上可能存有上下關係，而且我們受教育的經驗裡，本來就被教導要聽長輩的話、聽哥哥姊姊的話，基於這種暗示，少年在面對年齡差距較大者或成年人，的確存有地位上不對等的情形，另外根據本文第四章介紹的美國學者 Denise A. Hines 以及 David Finkelhor 針對法定強暴罪關係的研究，也發現少年有在經濟上依賴成年人的情形，或藉由成年人的資源以彌補原生家庭的不足、將成年人當作「拯救者」，此時若雙方發展性關係、從事性行為，則少年的自由意志是有可能受到限縮的，也存有受有心人士剝削的風險。雖然我國刑法第 228 條第 1 項已經規定：「對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、扶助、照護之人，利用權勢或機會為性交者，處六月以上五年以下有期徒刑。」避免行為人利用權勢或機會，的對被害人施加壓力，迫使被害人不得不容忍與行為人為性交。

然而，現實生活中，還是有很多的身份關係不在刑法第 228 條的射程範疇，例如已故女作家林奕含事件中，檢察官認為補習班老師對學生雖然具有教育之地位，然對學生之在校成績乃至於其後參與大學學測，並無任何決定權柄，且學生亦可自由決定前往上課與否，甚亦可不參加上課聽講而僅課後觀看上課錄影內容，所以認定補習班老師並無任何利用權勢之可能，補習班

老師與學生間，彼此應無任何監督權勢、服從配合之關係²⁶⁸。可是，曾經有補習經驗者，應該可以理解有些補習班老師係以其個人魅力作為課程賣點，而且正值青春期的學生也極容易對老師有傾慕、崇拜之情，在這樣的關係下，難道當補習班老師對學生提出性的要求時，學生容易拒絕嗎？正如林姓作家在其著作中所描述的：

「老師說了九個字：『不行的話，嘴巴可以吧。』我說了五個字：『不行，我不會。』他就塞進來。那感覺像溺水。可以說話之後，我對老師說：『對不起』。有一種功課做不好的感覺。雖然也不是我的功課²⁶⁹。」

這段老師強行將陰莖塞入主人翁（14歲青少年）嘴巴的情節，赤裸而深切地描述了主人翁為什麼在經歷強制性交以後，竟然認為自己的過錯。正因為對象是年長者、是老師，縱使補習班老師不能決定學生的分數，但作為一名少年、一名學生，我們從小到大所受到的規訓（尊師重道、敬老尊賢），讓我們面對年長者時難以反抗、難以質疑，進而選擇壓抑自己，甚至責難自己。因此，本文認為刑法第 227 條在面對行為人與少年年齡差距過大的情形，仍有刑罰介入的必要，以防範如美國法定強暴罪所描繪的「掠奪者」之類型，避免單獨依賴刑法第 228 條會有規範不足的問題。

再者，有論者認為「兩小不一定無猜」，少年間也可能存在權力不對等、性剝削的問題，而這尤其可能發生在青少年身上，如果年齡相近少年間性行為除罪化，那可能造成對青少年的保護不足，甚至有論者認為要「穩定交往關係」的兩小無猜才可以討論除罪化。但本文認為「兩小無猜」四個字

²⁶⁸ 臺南地檢署偵辦陳 O 星妨害性自主等案件結案新聞稿

，載於：<http://www.tnc.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=484586&ctNode=32375&mp=020>（最後瀏覽日期：2018/5/13）

²⁶⁹ 林奕含（2017），《房思琪的初戀樂園》，頁 30，臺北：游擊文化。

也暗示了純真的性才值得原諒的迷思，現實生活裡也存有成熟、充滿主見的少年，尤其在網路普及、資訊爆炸，速食愛情見怪不怪的年代裡，感情與性關係是以多元的型態存在，我們不應把成人對愛情的純真浪漫想像加諸在未少年身上。

在性別差異方面，我們固然應該承認青少年在其發展、面臨的社會壓力與青少男並不相同，但若青少年在壓力情境下半推半就與青少男發生性行為，那重點應該是「合意」與否、青少男是否使用違反他人意願手段的判斷，這是能不能符合刑法第 221 條強制性交罪構成要件的問題，如果因為第 221 條不成立，就轉而必須使用第 227 條將青少男送入司法系統，那麼是否公平？更遑論青少年也可能一併而進入司法系統之中。

司法該做的是在個案上更細緻地判斷「合意／強制」的性之間的差別，而不是以保護青少年之名，用刑法第 227 條懲罰那些在模糊空間的青少年性活動。面對不曉得如何表達自己「不願意」的青少年，以及不曉得如何判斷對方「願意」的青少男，他們需要的不是被成年人告誡其觸法，而是需要陪伴及輔導，幫助他們理解在性活動中，他們有權利表達自己的意願，同時也必須尊重對方的意願，如此才有可能協助他們在性議題中成長。然而在現行刑法第 227 條的侷限下，重點往往被放在家長的情緒、訴訟攻防、和解與否、相互提告箝制上，等到後續司法處遇時，可能青少男與青少年都已經傷痕累累，從此對性抱持負面情緒，也錯過了成人介入輔導的最佳時機。基於上述理由，本文認為年齡相近的少年間合意性行為應予以除罪化，避免司法訴訟的過程對於少年的身心造成更深刻的傷害或產生污名效應，同時也減少司法訴追的成本，將資源集中於少年的教育與輔導。

第二款 除罪化能改善僵化的年齡標準，提供個案評估空間

我國法定的性同意年齡曾在 12 歲、14 歲、16 歲等不同標準間游移，現行的法律則是區分為 14 歲以下、14 歲以上未滿 16 歲這兩個不同年齡層，並賦予不同的刑度，然而細究其立法理由，往往得不到詳細的說明，有學者表示 14 歲是為了配合刑事責任年齡，但是刑事責任能力與性成熟的判斷是否可以同等視之？14 歲至 16 歲區間的少年有什麼特殊性？兩者性成熟的程度不同，有沒有醫學上的佐證？似乎沒有更詳細的根據或研究。

現行法律以年齡作為少年性成熟的標準，辨別其是否具有性的同意能力，實際上存有很多疑問，我們很難想像為什麼少年年滿法定年齡的那天，就突然有了性的同意能力？為什麼 15 歲的少年過了生日以後就突然達到性成熟的發展？以年齡作為界線，雖然有便於司法判斷的優點、可以減少舉證成本，但事實上卻也造就了一些不合理的現象。縱使一樣是 15 歲的少年，個體身心發展狀況不同，所處的環境也有差異，身處校園環境的國三學生，以及長期在街頭遊蕩的國三中輟生，後者更可能接受到較多來自社會的刺激以及資訊。

本文認為將年齡相近的少年間合意性行為除罪化後，我們能夠對個體的性同意能力、性成熟程度做出更加細膩的判斷，讓相關教育、社政、醫學等領域的專業工作者能針對個案狀況進行評估。舉例而言，學校的老師對於班上學生應該比司法人員有更多的認識及了解，當年齡相近的少年發生性行為時，如果雙方聲稱性行為是合意的，老師較能藉由平時的相處經驗，深入了解他們往常的人際互動關係，進而對其性行為是否為真正的合意做謹慎的判斷，例如 15 歲的 A 女和 14 歲的 B 男，平時就是班對，常常在分組活動中一組，放學後也常有往來，在公開場合也不避諱有牽手、擁抱的行為，那麼他

們之間的性關係似乎合意的可能性比較高。然而如果是內向木訥、不太容易拒絕別人的14歲A女，以及外向主動、行事強勢的15歲B男，B男曾向同儕宣稱要達到「百人斬」（和一百個人發生性行為）的目標，同時他也屬於班上比較核心、出風頭的一群，則A女與B男的性關係，就比較可能是在A女半推半就或畏於同儕壓力下所發生的。這種人跟人之間的日常形象與互動，只有與他們生活在同一個環境中的人比較易於覺察，因此同屬校園環境的老師較能去做出細膩的判斷。

如果老師發現兩名少年間的性存有強暴、脅迫、違反他人意願的疑慮，仍可以依照刑法第221條強制性交罪進行一般通報，啟動社政及司法的流程。但如果是出於合意的性行為，則不應該被當成犯罪處理，而是應該針對少年的性議題，如避孕、性病、情感教育等進行輔導，也可向外連結心理師、社工師等資源進入協助，而且對少年而言，他們不需承受司法訴訟的壓力，能夠更放心的向信賴的成年人傾訴其煩惱，並從正當管道取得性資訊以及相關協助。

第三款 性作為少年健全成長的一部分

部分的宗教或家長團體認為，讓少年過早接觸性議題，會影響他們的身心健康，就像少年不該抽菸喝酒一般，國家/家長有必要挺身而出來保障少年的身心健全成長。然而也有學者批判這種家父長式的保護觀，認為他們導致社會瀰漫著恐性的氛圍，將兒童及少年都包裝成純潔的形象，並達到去性化的目的，使得少年的性自主權受到剝奪，故主張兒童與少年應該分開檢視。本文認為「性自主權」與「身心健全發展權」並不是二元對立的關係，不一定要放在天秤的兩端，而是可以兩者兼顧，性自主的學習，其實就是少年身

心健全發展的一部分。

身心健全成長的內涵是什麼？本文嘗試以發展心理學的理論加以理解，心理社會學派（psychosocial approach）的心理學家 Erik Erikson 將人一生的成長區別出胎兒期、嬰兒期、嬰幼兒期、幼兒期、學齡兒童期、青少年前期、青少年後期、成年早期、成年中期、成年晚期、老年期等十一個發展階段（stage of development），並認為每個階段都有其「發展任務」（developmental task）也會遇見「心理社會危機」（psychosocial crisis），這些發展任務形成一個序列，如果能夠成功地完成一個階段的任務，則下一個階段完成任務的可能性更大，另外，如果一個人在每一個階段因其技能的獲得，和危機成功解決的結果而產生新行為和新關係的能力，那麼其發展就會趨於樂觀²⁷⁰。

在青少年前期（12 至 18 歲），青少年的發展任務包括「身體成熟」、「形式運思」、「情緒發展」、「同儕團體成員」、「兩性關係」，而其所面臨的心理社會危機則是「團體認同 VS. 疏離」，青少年前期的開始，是以迅速的身體變化作為標誌，男性與女性都要適應身高與體重的增加、第一性徵與第二性徵的成熟，而且伴隨生殖系統早熟的結果，同儕文化中會出現約會、戀愛、浪漫韻事等問題，並衍生育與性的議題。而青少年的形式運思發展，促使他們的思維變得更為抽象，能夠假設他們從未經驗過的事物，並遵循由一個特定的假設所蘊含的邏輯。此外，在青少年期，擁有同儕朋友是很重要的，他們已經具備考慮他人需要和情感的認知能力，也需要努力建立滿意的同儕關係。在兩性關係方面，Udry&Billy（1987）設計了一個模型來解釋青少年期的性活動（如圖 2）：

²⁷⁰ Philip and Barbara Newman（著），郭靜晃、吳幸玲（譯）（1994），《發展心理學——心理社會理論與實務》，頁 42-60、69-72，臺北：揚智文化。

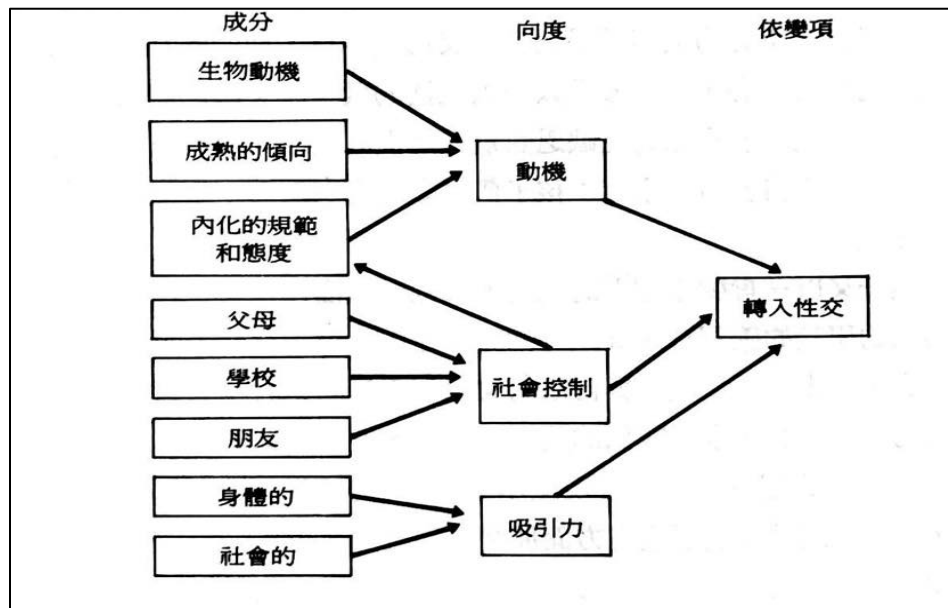


圖 2 青少年期性交的模式²⁷¹

由動機、社會控制、吸引力構成的這三個基本向度，說明了青少年性活動的開始。動機包含了生理因素（如賀爾蒙分泌）、成熟的傾向（渴望獨立及從事成人的行為）、內化的規範和態度；社會控制方面則來自父母的社會化和習俗、學校成績和學業抱負、朋友的態度和性經驗，這些提供了在其中產生性活動的規範化環境；吸引力則影響了伴侶的可獲得性，一部分是身體外在是否被認定英俊或漂亮，另一部分是社會接受性或聲望²⁷²。

在美國，性系統對於青少年來說是心理社會發展中最令人頭痛的一部分，因為大多數的父母很難融洽地與青少年討論性，而且是青少年本身也面臨很多挑戰，首先是個人的想法、衝動、幻想所可能引發的內疚感與混亂，再來是青少年接收了來自同儕、宗教社團、大眾媒體關於性行為的互相衝突或矛盾的訊息²⁷³。在台灣也是如此，青少年可能在電視或小說上看見偶像的

²⁷¹ Udry, J. Richard, and John OG Billy, Initiation of Coitus in Early Adolescence, American Sociological Review, 841, 842 (1987). 本圖轉引自：Philip and Barbara Newman（著），郭靜晃、吳幸玲（譯），同前註，頁 436。

²⁷² Philip and Barbara Newman（著），郭靜晃、吳幸玲（譯），同前註 270，頁 436-437。

²⁷³ Philip and Barbara Newman（著），郭靜晃、吳幸玲（譯），同前註 270，頁 439。

浪漫情節、性愛劇情，在接觸性暗示後產生性衝動的焦慮，但同時又得到來自學校、宗教、家長禁止性行為、崇尚性道德的訓示，轉身卻又看見名人外遇、社會新聞報導強暴案件、網路上多 P 情色等等混亂的資訊刺激，種種互相矛盾的因素都不利青少年建立正確的性價值觀。

根據兒童福利聯盟文教基金會在 2012 年針對國小五、六年級以及國中七、八年級學童所做的兒少戀愛觀與行為調查報告發現，七成二的孩子曾被別人告白，每四個孩子就有一個（26.9%）孩子曾交過男女友朋友，而且三成七（37.1%）孩子會和異性單獨出去玩、各有 5.9% 孩子會在家裡和對方家裡約會、一成（10.7%）孩子可以接受和另一半有愛撫行為、4.3% 孩子可以接受性行為，且在戀愛觀方面，逾半數的孩子認為當將交往對象對自己有進一步要求時，自己不會拒絕，而三成一有交往經驗的孩子為了討好對方什麼都願意做。然而，有七成一的孩子表示交男女朋友時不會告知家長，三成一的孩子表示學校老師教導的兩性課程完全沒有幫助、四成一表示家長從沒有教導兩性交往時要如何保護自己²⁷⁴。從這份調查報告中，我們可以得知談戀愛、交男女朋友確實是青春期的孩子普遍會遇到的經驗，而且部分孩子也有容易偷嚐禁果的機會以及價值觀，然而他們卻無法從家庭或學校的成年人中找到可以討論的對象。

另外一份在 2016 年提出的台灣兒童性教育知識調查報告則顯示，有高達 26% 的家庭從未與孩子討論過性知識、67.6% 的家庭從未討論過性行為議題、56.3% 的家庭從未討論過感情議題。而在學校方面，雖然有 88% 五至八年級的孩子滿意性知識教學的課本內容，但仍有一成左右反應內容過於保守、死

²⁷⁴ 兒童福利聯盟文教基金會（2012），2012 年兒少戀愛觀與行為調查報告，載於：
<https://www.children.org.tw/research/detail/70/541>（最後瀏覽日期：2018/05/18）

板，且關於敏感性知識議題，29.6%的孩子曾經遇過老師刻意跳過課本內容，避而不談的情形²⁷⁵。從這樣的調查結果來看，家庭與學校在對兒少性教育、性知識的傳遞上仍是非常不足夠的，並可能導致兒少從媒體、同儕間獲得未經篩選、不正確的性資訊，做出不當的性決定，例如未採取正確的避孕措施、半推半就與他人發生性行為而感到後悔，從而影響他們的身心健全發展。

本文認為性不像抽菸、喝酒是對人體有害、會影響少年健康的行為，而是人類自然會面對的歷程與課題。性行為或許會衍生一些風險，但它也帶來了精神與肉體上的愉悅，並影響著我們對親密關係的經營。既然少年已經具有抽象的邏輯思考與判斷能力，能夠對事物進行預想、假設以及推理，那麼我們應該培養他們對性有正確的理解以及掌控的能力，讓少年能夠判斷該在什麼時候、和什麼人、以什麼形式進行性行為。這樣子做並不是鼓勵少年毫無顧忌地享受性愉悅，而是在考量性相關風險（未婚懷孕、性病傳染）的前提下，由成年人陪伴少年去思考這些議題，讓少年在做出性決定或面對他人的性邀約時，有充足的知識去因應當下的情境，並能夠預想後果且評估風險、為自己的決定負責。

本文認為性是少年身心健全發展中所不能分割出去的一部分，我們不應該煩惱少年談戀愛、對性好奇，而是應該接受在他們青少年前期的發展階段就是如此，唯有幫助他們順利度過發展任務、成功解決心理社會危機，往下一個發展階段邁進，那麼才稱得上是保護他們身心健全成長，因此成年人應該調整心態，以積極正向的觀點看待少年的性議題。在下一節中，本文會整

²⁷⁵ 兒童福利聯盟文教基金會（2016），「可以說的秘密」2016年台灣兒童性教育知識調查報告，載於：<https://www.children.org.tw/research/detail/71/890>（最後瀏覽日期：2018/05/18）

理相關研究與資料，更加詳細的探討成年人看待青春期的態度，並佐證本文的立場。

第三節 去問題化——將青春期的行為視為自然發展歷程

第一項 將青春期的行為「問題化」的相關研究

本文第二章第三項提到性對於少年的發展與影響，當時檢索國內文獻，大多是關於性所帶來的問題與負面風險，尤其又以青少年懷孕為主要的研究主題，少有正面看待青春期的行為的主張，而是青春期的行為的相關研究都傾向將性議題導向未婚懷孕、性病傳染等問題。國家與家長也是基於青春期的行為所帶來的相關風險，而主張應該介入或禁止，擔心過早的性行為會影響少年的身心發展，例如懷孕中斷正常生涯發展、性病損害身體健康，甚至擔心過早性行為的接觸會影響少年的心理健康，國內有論者引用美國 Rector、Johnson 與 Lauren (2003)對少年早期性行為與情緒健康狀態的關聯性研究指出已發生性行為的少年較不快樂、易感到沮喪，甚至自殺²⁷⁶。

若檢索國外相關研究，早期青春期（通常定義為 11 至 15 歲）的性行為（下稱早發性行為）一直是發展心理學家、健康以及性研究者所感興趣的議題，一些以美國為樣本的研究發現，早發性行為與許多社會心理因素有強烈連結，包括物質濫用、低自尊、憂鬱症、自殺意圖等等，例如在一項青少女性行為的橫向（cross-sectional）研究中，發現 16 歲以下性活躍的青少女比起非性活躍者，顯然有比較多的憂鬱症狀，對未來的前景也更悲觀、學習動機較不積

²⁷⁶ 劉盛男（2007），〈青少年早期性行為及其影響因素之探討〉，《屏師特殊教育》，第 15 期，頁 75。

極、在校表現比較不好²⁷⁷。而且低教育程度的母親與 16 歲以下的青少年成為性活躍者有顯著相關，事實上，有研究人員估計，至少有三分之一的小爸媽本身就是小爸媽所生的，從而使出生體重過輕、早熟、貧窮、父親缺席，學習成績差等後果風險長期存在²⁷⁸。

研究更顯示早發性行為與未來的問題行為間存有相關性，早發性行為與抽菸、喝酒、吸毒以及一些虞犯行為共同構成一系列與問題行為相關的「問題行為綜合症」（problem behavior syndrome），研究認為使用大麻以及喝醉酒是早發性行為的重要預測指標²⁷⁹。有針對美國非裔青少年的自我報告指出物質使用是危險性行為的最強預測因子，這些研究表明性活躍的青少年更可能使用藥物或酒精，也可以推測在藥物或酒精的影響下，青少年比較無法延遲性行為的進行或是採取保護措施²⁸⁰。

以上種種研究，讓我們不禁對青春期的早發性行為感到悲觀，似乎早發性行為必然與負面的身心特質（如抑鬱、低自尊）、低學業成就、藥物濫用、低社經地位等因素連結在一起，進而引起我們的恐慌與焦慮，也激發我們想要減少或消滅早發性行為的政策決心。

但也有研究發現較低社會經濟地位（包括家庭結構，父母教育和經濟狀況的替代指標）的受訪者與同齡人相比，提前發生性行為的風險增加，進一步而言，來自單親家庭、收入較低和/或父母教育程度較低家庭的少年的性行為發生

²⁷⁷ Martin, A., Ruchkin, V., Caminis, A., Vermeiren, R., Henrich, C. C., & Schwab-Stone, M., *Early To Bed: A Study Of Adaptation Among Sexually Active Urban Adolescent Girls Younger Than Age Sixteen*, Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry, 44 (4), 358-367 (2005).

²⁷⁸ Cavazos-Rehg, P. A., Spitznagel, E. L., Bucholz, K. K., Nurnberger, J., Edenberg, H. J., Kramer, J. R., ... & Bierut, L. J., *Predictors of Sexual Debut at Age 16 or Younger*. Archives of sexual behavior, 39 (3), 664-673 (2010).

²⁷⁹ Little, Craig B., and Andrea Rankin, *Why Do They Start It? Explaining Reported Early-Teen Sexual Activity*, Sociological Forum. Vol. 16. No. 4. Kluwer Academic Publishers-Plenum Publishers (2001).

²⁸⁰ Bachanas, P. J., Morris, M. K., Lewis-Gess, J. K., Sarett-Cuasay, E. J., Sirl, K., Ries, J. K., & Sawyer, M. K., *Predictors of Risky Sexual Behavior In African American Adolescent Girls: Implications for Prevention Interventions*. Journal of Pediatric Psychology, 27 (6), 519-530 (2002).

年齡早於同齡人，研究者假設這是因為低收入社區的社會和教育資源有限且質量低下，經濟壓力會導致父母無法發揮有效的監督，研究者表示外在因素比內在因素更能預測早發性行為的風險²⁸¹。

從這個角度來看，相關的福利措施與衛生教育似乎能發揮更大的影響力，例如在貧困社區推動避孕或性病預防的衛生計畫，比較能減少性行為帶來的負面風險。如果問題是教育及保健資源的欠缺導致提早發生性行為的風險增加，則刑罰的事前嚇阻或事後懲罰對減緩問題的幫助並不大，反而可能更進一步造成執法集中於特定階級，造成不公平現象。

第二項 對青春期性行為「問題化」的質疑與不同觀點

相對於將青春期性行為問題化的觀點，近年來開始有研究者對「早發性行為與負面社會心理因素的連結」提出質疑，其一是早發性行為與負面社會心理因素的研究大多是橫向的比較，因此難以知悉負面社會心理因素是在性交之前已經存在，或是性交之後才發生。其二是除了關注社會心理發展對早發性行為的影響之外，社會文化因素對早發性行為所產生的潛在影響也很重要，儘管已經有研究者專注於家庭、學校、同儕對青少年性行為的影響，但更加鉅觀的因素，例如民族、宗教或文化信仰及實踐，也可能影響早發性行為與社會心理發展間的關係，不同文化背景即有可能導致不同的研究成果²⁸²。

²⁸¹ Caminis, A., Henrich, C., Ruchkin, V., Schwab-Stone, M., & Martin, A., *Psychosocial Predictors of Sexual Initiation And High-Risk Sexual Behaviors in Early Adolescence*. Child and Adolescent Psychiatry and Mental Health, 1 (1),14 (2007).

²⁸² Udell, W., Sandfort, T., Reitz, E., Bos, H., & Dekovic, M., *The relationship between early sexual debut and psychosocial outcomes: A longitudinal study of Dutch adolescents*. Archives of Sexual Behavior, 39 (5),1133-1134 (2010).

有學者以 650 名年齡在 12 歲至 15 歲間的荷蘭青少年為施測樣本進行縱向性研究（進行兩次測試，間隔一年），欲了解早發性行為與父母及同儕依附關係、自我概念、內外在問題行為之間的關聯性，研究結果顯示在青少男的樣本中，低度的母性依附和高度的違規行為確實會增加其成為早發性行為者的可能性，但自我概念與內在化問題（焦慮、憂鬱、自我封閉、身心症）並不能作為早發性行為的預測因子。在青少女樣本中，依附關係、自我概念、問題行為並不能作為青少女是否會產生早發性行為的預測因子，這樣的結果與原本（美國相關研究）的假設相反，研究結果並不支持早發性行為與自我概念的負面連結，而且對青少女的學業能力也沒有影響²⁸³。

研究者對這樣的結果差異提出了解釋，其認為原因可能是因為美國與荷蘭對於青春期的性行為抱持著不同的文化觀點。對於荷蘭人而言，青少年性行為是青少年的正常發展之一，而荷蘭政府出資的綜合性教育計畫表明了「正向的態度」（sex positive）觀點，在荷蘭社會背景下，性行為通常不被視為實驗性或冒險性的個人行為，而是形塑負責任及尊重的親密關係的一環。在這種文化下，許多人認為青少年有能力控制自己的性行為，青春期的性行為是一項發展任務，是一種獨立性與自主性的表徵，而不是偏差行為，在這種情況下，青少年從事早發性行為時可能意味著他較為早熟並開始過渡前往成年階段發展，並不是問題行為²⁸⁴。

荷蘭擁有全歐洲最低的青少年懷孕率以及性傳染病比率，因此其性教育模式是引起各國好奇，在美國也有借鏡荷蘭性教育模式的呼聲，在荷蘭，性教育就

²⁸³ *Id.*, at 1141.

²⁸⁴ *Id.*, at 1142.

跟一般基礎教育一樣，成人係以開放、包容、尊重的態度看待²⁸⁵。美國社會學家 Schalet 在其研究中提到，荷蘭青少年與美國同齡者相比，懷孕或感染性傳播疾病的可能性要小得多，美國青少年墮胎的可能性是荷蘭青少年的 3 倍，生產的可能性是荷蘭的 8 倍，這令人疑惑為什麼在財富、教育、生殖技術相似的兩個國家，其青少年的性生殖議題會有那麼大的差別？關於荷蘭社會對性議題態度的背景，其實在 1960 年代，荷蘭仍是一個非常傳統的社會，婚前性行為會受到強烈的譴責，但隨著性革命的爆發以及現代避孕技術的推出，荷蘭的社會輿論發生了很大的變化，1960 年代中期到 70 年代，輿論突然轉向，縱使一對男女未婚，但只要他們戀愛了，五名荷蘭人中就有三人不再反對婚前性行為，使得性愛變得合於道德。另外，醫療保健的專業人士在這種文化轉型裡發揮了關鍵作用，而且媒體、學術界、甚至神職人員也都扮演重要角色。荷蘭的公共衛生政策不再呼籲禁慾或者是父母的嚴格控制，取而代之的是賦予青少年權利以及責任去決定他們的性行為以及生殖健康。這麼做不但沒有導致青少年懷孕或墮胎大爆發，反而在 1970 年代初至 1980 年代間，荷蘭青少年的懷孕比率大幅下降，事實上，荷蘭在 20 世紀的過去三十年中大部分時間都擁有世界上最低的青少年生育率²⁸⁶。

我國對少年性議題的看法以及現正面臨的性教育爭議，其實與美國走過的路有高度的相似性，我們的法律認為性對少年來說可能是充滿問題的，而社會也對於學校要教給兒童及少年什麼樣的性教育有很大的歧見，不過美國對這些議題的討論更加蓬勃，並開始參考荷蘭的經驗，發現性是否對少年造成傷害，

²⁸⁵ 黃淑怡 (2013)，「我寧願地帶男朋友回家過夜」淺談荷蘭性教育，載於網氏／罔市女性電子報：<http://bongchhi.frontier.org.tw/archives/21295>（最後瀏覽日期：2018/06/13）

²⁸⁶ Schalet, A., Must we fear adolescent sexuality?. *Medscape General Medicine*, 6 (4) (2004). available at <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1480590/> (last visited:2018/06/13)

很大一部分原因取決於社會的文化。少年間的合意性行為不該被視為犯罪，這樣的觀點已逐漸在美國各州形成共識，因而有當代年齡差距條款、羅密歐與茱麗葉法案的適用，本文認為借鏡美國的立法發展，從法律的改革開始改變社會看待少年性議題的態度，是我國可以參考的一條路徑。

第三項 以正向積極的態度看待青春期性行為

傳統的研究基於少年性行為可能導致性病、懷孕，甚至可能伴隨物質濫用或偏差行為，而將其形塑成一個亟待解決的「問題行為」。將少年性行為視作一個「問題」的同時也起了很大的政治作用，當我們談及這個敏感議題時，將它包裝成是為了避免青少年懷孕、預防性病傳染，相對合理且容易解釋並可以說服大眾關注及投資。然而，少年性行為與其他問題行為明顯不同的是，它並不是固有的、不可避免的健康風險，而是基於其年齡，被假定其不成熟、不宜過早發生性行為而來。另一方面，從青春期過渡到成年期的發展觀點來看，過去那種「離家—完成教育—找工作—結婚生子」的規範性次序已不那麼普遍，人們不一定朝著這個線性發展，現代人們的性觀念也發生明顯的變化，例如婚前性行為越來越普遍、結婚率越來越低、非婚同居生子的比率越來越高，甚至人們對同性戀、多元性別的接納程度也有所提升，這些轉變都促使我們必須改變固有對性的態度，在這樣的文化轉變之下，多年來一直有許多呼籲，希望強調積極看待性發展並承認性與性健康的多樣性²⁸⁷。

學者 Chilman 認為將青少年性行為與青少年懷孕、性病傳染等連結在一起的研究主導了政策，同時也阻止了我們以正面態度看待少年性行為的機會，少

²⁸⁷ Halpern, C. T., *Reframing Research on Adolescent Sexuality: Healthy Sexual Development as Part of The Life Course*. *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 42 (1), 6-7 (2010).

年性行為不應該被視為一個「問題」，而應該被當作一個「健康」的議題，性是青少年期 10 歲至 20 歲的成長過程中正常、積極、核心的一個部分，其也指出少年的性健康建立在尊重自己並且尊重他人（不論男女）上，並認為男女儘管不一定相同，但卻是平等的。性健康的少年對自己成長中的身體感到自豪，且隨著成熟能夠有更多的能力與他們親近的人進行誠實、開放的溝通交流。他們接受自己對性的慾望是正常的，但基於自己和其他重要他人的價值觀及目標的現實考量，他們也在有限的自由裡行動²⁸⁸。

本文支持正面看待青春期性行為的想法，因為過度的恐慌和焦慮，無助於解決青春期性行為所帶來的風險，從前述荷蘭與美國對性教育的不同態度上已經可以看出成效上的差別，本文雖然未深入討論性教育應該教的內容，但在基本態度上，本文認為青春期性行為應該被當作一個「自然發展歷程」而非「問題行為」，唯有以健康的態度正面迎戰，方有可能創造討論的空間，並解決青春期性行為隨之而來的風險。而回到刑事政策的層面，發生在年齡相仿的少年間的合意性行為，本身就是青春發展的一部分，成人應該以更加寬容接納的眼光看待，而不是將其視為一個急欲消滅的問題，企圖以刑罰的威嚇力量嚇阻少年從事性行為，並將之標籤為偏差少年，相反地，成人所該做的是提供少年適當的教育與諮詢資源，協助其順利度過性的自然發展階段。

第四節 重構少年性議題的刑事政策

第一項 以少年最佳利益為核心

²⁸⁸ Chilman, C. S., *Promoting Healthy Adolescent Sexuality*. Family relations, 123-124. (1990).

少年觸犯刑法第 227 條係屬於少年法制的範疇，而少年事件處理法又是以實現少年的健全成長為目的，為了達成這個目的，必須著重少年的發展與成長特性，整合各項資源以協助少年。再者，依據國際發展，少年最佳利益也被作為少年法制的主要考量，如兒童權利公約第 3 條即規定：「關於兒童的一切行動，不論是由公私社會福利機構、法院、行政當局或立法機構執行，均應以兒童的最佳利益為一種首要考慮」²⁸⁹。基於這些前提，國家在擬定少年性議題的相關政策時，也應該確保少年的健全成長並以少年的最佳利益為核心，然而從本文前面討論的刑事政策與實務面發展，似乎正與該目的背道而馳。

本文希望斷開貞節觀念與刑法第 227 條的連結，亦反對以法律作為性道德治理工具，從美國的經驗中我們應該學習到，一味地擁護某個階層、宗教、性別的性道德，實際上會對弱勢階層、少數群體造成極大的壓迫。另外，本文也認為性是少年身心健全發展中的一個自然歷程，國家不能剝奪少年學習性自主的機會，應該設法讓少年發展出健全的自我決定能力，依據兒童權利公約第 12 條規定：「締約國應確保有形成其自己意見能力之兒童有權就影響其本身之所有事物自由表示其意見，其所表示之意見應依其年齡及成熟度予以權衡。」也就是說，我們應該尊重少年的意見，以少年為主體，並將依據兒童與少年不同的成熟度與發展階段，給予相應的協助。

當然，有許多人會覺得少年還無法為自己負責，當出了問題時，還是必須由父母或其他監護權人出面善後，確實，兒童權利公約第 14 條也規定：「締約國應尊重父母及於其他適用情形下之法定監護人之權利與義務，以符合兒童各

²⁸⁹ 謝如媛（2018），〈少年修復式司法的批判性考察—從少年的最佳利益到利益衡平？〉，《政大法學評論》，第 152 期，頁 150-152。

發展階段能力的方式指導兒童行使其權利。」那麼我們究竟應該如何平衡「少年對性的自主權利」以及「國家與家長對少年的保護」呢？

本文認為，國家與家長該做的是——依照少年的發展階段，培養少年做出符合自己最佳利益決定的能力，也就是說，大人們不該只做「不該有婚前性行為」、「禁止未婚懷孕」的訓示，更應該開誠布公地去告知少年做與不做之間利弊得失，僵化地認為少年沒有性的同意能力，事實上是簡化了問題，最後也無法解決問題。兒童權利公約第 4 號（2003 年）一般性意見也指出：「青春期的身體、認知和社會意識迅速變化，包括性和生殖成熟為特點的時期；逐漸地形成具備成年人行為和作用的能力，承擔須掌握新知識和新技能的新責任。雖然，青少年在總體上是一個健康的人口群體，但青春期因青少年相對的脆弱性和來自社會(包括同齡人)的壓力而可能染上健康風險行為，因此也對健康和發展構成新的挑戰。這些挑戰問題包括個性特徵的形成和如何處理個人的性問題。由於青少年有很強的能力迅速地接受新事物，體驗新的多種多樣的經歷，發展並運用批評性思維，接受自由意識，有創造力和有社交能力，因此充滿活力的向成人的過渡階段一般也是積極變化的時期。」

基於少年在青春期的特殊性，對應國家與家長在給予指導時，兒童權利公約委員會認為：「家長或其他對兒童負有法律責任者必須悉心履行他們的權利和責任，引導和指導他們照管下的青少年兒童行使其權利。他們有義務根據青少年年齡和成熟程度，考慮他們的意見，提供安全和扶助性的環境，從而可使青少年得到發展。青少年的家庭環境成員必須承認青少年是積極的權利享有者，只要給予適當的引導和指導，他們有能力成為完全的、負責任的公民。」

有些家長會擔心少年間的合意性行為若除罪化，未來將不知道怎麼教育孩子，目前的實務上也確實見到有家長以刑法第 227 條做為箝制孩子的工具，或

是堅持以提告「教育」孩子不可以發生性行為，並彰顯其作為家長的權威，然而此種教育模式如本文第三章第四節所提到的，有時只是傳統性道德的重製以及性污名的深化。況且孩子是獨立的個體，並非父母的附屬品，在現今法律發展的趨勢中，法律的存在並非為了保障家庭倫理秩序，而是為了個人的生命身體安全，我們應當了解刑罰的界限而不可過度依賴²⁹⁰，同理，刑法第 227 條的存在不是為了作為家長強迫孩子接受其性道德價值的工具，而是應該回歸少年的最佳利益去思考其本質。

本文認為刑法第 227 條的法律不應該一體適用的所有兒童及少年的性發展與性活動，兒童與少年應該分開檢視，依其年齡的普遍發展情況做不同程度的介入，而刑法第 227 條現今的問題即是對「少年」的性行為也採取一味禁止的態度，而忽略了少年原本就會開始對性感到好奇，並進一步與同儕發展親密關係的特質。另外從刑法第 227 條的立法脈絡與實務運作來看，其鞏固傳統性道德、提倡貞節的色彩依然存在，因此本文才會主張以少年的最佳利益來翻轉其舊有刑事政策基礎，並認為對於年齡相近的少年間性行為予以犯罪化，事實上並不符合少年的最佳利益，一來這違反少年的正常發展，剝奪其對性探索與學習的權利，二來刑法的介入只讓情況變得更糟，擠壓應有的教育輔導空間，因此本文主張基於少年的最佳利益，應將年齡相近的少年間性行為除罪化。

第二項 對少年間性行為除罪化的修法建議與展望

本文建議仿效美國的年齡差距條款的設計，將年齡相近的少年間性行為除罪化，而勵馨基金會委託學者進行的跨國比較研究也採取類似的結論，其參考

²⁹⁰謝如媛（2006），〈刑法規範下的家庭秩序〉，《臺大法學論叢》，第 35 卷第 6 期，頁 318、321。

對象為美國紐約州、華盛頓州與佛羅里達州，勵馨所提出的做法有兩種，第一種為不罰，亦即在法律上仍視作刑事犯罪，但在一定年齡差距內例外不予懲罰，將現行刑法第 227 條之 1 修正為：「十八歲以下之人犯前條之罪者，減輕或免除其刑。年齡差距在三歲以內者，不罰。」第二種方式為除罪化，亦即直接將兩小無猜事件變成非刑事犯罪，在修法上於構成要件中直接增加年齡差距，例如修正後的第 227 條第 1 項是：「對於未滿十四歲之男女為性交，且年齡大於被害人三歲以上者，處三年以上十年以下有期徒刑。」第 227 條第 3 項為：「對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交，且年齡大於被害人三歲以上者，處七年以上有期徒刑。」另一種修法方式則是直接在第 227 條增加第 6 項：「未滿十八歲之人且年齡差距在三歲以內者，不適用前五項規定。」而勵馨選擇 3 歲作為年齡差距標準的理由係參考我國的國中與高中學制一般為 3 年而訂定²⁹¹。

本文認為刑法第 227 條、刑法第 227 條之 1 應以除罪化作為修法方向，因為本文在第二章第三節第三項已經說明過兩小無猜條款與少年保護事件之間的適用問題。若僅將刑法第 227 條之 1 修正為：「十八歲以下之人犯前條之罪者，減輕或免除其刑。年齡差距在三歲以內者，不罰。」則代表少年間的性行為還是被當成刑事犯罪，只是基於此條款例外減輕或免除刑事責任而已，縱然少年可以免於刑事責任，但基於少年事件處理法之規定，它還是會落入少年保護事件的處理範疇，一樣會進到少年司法體系，面臨前面所提及的性侵害通報、法庭訴訟攻防、性的污名困境，因此本文主張應將特定年齡差距內的少年間性行為予以除罪化，少年間的性行為不該再被視為犯罪行為。同時，本文認為年齡相近的少年間性行為其實是一個人類性發展的自然歷程，並非是偏差行

²⁹¹ 蘇芊玲、楊佳羚等，同前註 258，頁 105-107。

為或問題行為，因此也不該以虞犯的眼光看待，並不需要少年司法以保護事件介入處理，而是應該交由學校提供適當的性教育及情感教育，由公衛提供正確的避孕、性傳染病預防觀念。

在除罪化的範圍方面，「性的同意年齡標準」其實需要法律、醫療、教育、心理學、性學等各方專家共同出具意見，一個特定的年齡界限，實際上是一個經過評估後不得不妥協的標準。本文贊同勵馨基金會參考我國學制而以 3 歲作為除罪化年齡差距標準之見解，少年大多為國中或高中職學生，我國的國中或高中職都以三年作為修業年限，依據一般生活經驗，青春期的少年最有可能與同一生活環境的同儕發展人際關係（例如校園內的同學、學長姐、學弟妹），並有戀愛、約會等活動，進一步產生性探索或性行為，因此將年齡差距設定在 3 歲，有其參考依據。本文認為在此年齡差距內的少年間合意性行為除罪化後，得以突破以過去以單一年齡作為性成熟認定標準的僵化思考，給予教育、社政、公衛系統有更多彈性空間能夠秉持其專業判斷應該給予少年什麼樣的協助。

不過需要謹慎的是，相關系統的專業人員對於少年間性行為的覺察與識別力應有所提升，對於雙方合意有疑慮（例如一方認為受到強制或約會強暴）、或是雙方顯然處在不對等關係（例如與智能障礙少年的合意性行為）的爭議案件，因為有可能構成刑法第 221 條的強制性交罪或刑法第 225 條的乘機性交罪，仍須依照法定流程進行通報，讓教育、社政與司法網絡可以承接住需要被保護的少年。除了提供專業訓練，提升第一線工作人員對兒少性議題的敏感度與專業知能外，其他相關的配套措施可能還包括檢討現行的通報系統、增加情感教育與性教育的輔導及諮詢資源等等。

在除罪化之後，兩小無猜案件將不再被視為性侵害犯罪，這將大幅減少年齡相近的少年間合意性行為受到通報並進入刑事司法或少年司法系統的機會，當少年面臨情感困擾時，較有可能求助於可信任的師長，或在意外懷孕、感染性病時可循正當管道求助，不必擔心因此被當作犯罪行為處理，同時也在告訴所有人「少年的情慾是正常的」不應該被認為是偏差行為、不應該被污名化，成年人們應以積極健康的心態協助少年學習成長，而不是抑制打壓。

在倡議修法的同時，本文也期待政府相關單位能針對性教育有更積極的作為，守貞教育或性恐嚇教育已無法阻止資訊發達卻混亂的年輕一代接觸性與色情²⁹²，學校與社區有義務正視少年的性議題，以少年為主體，並基於其最佳利益制定相關政策，給予適當的協助與資源，幫助其建立保護自己也尊重他人的性觀念。

第五節 小結

本文自美國法定強暴罪的刑事政策經驗獲得啟發，對照我國刑法第 227 條的現況進行反思，發現美國法定強暴罪與我國法有許多相似性，首先是源於貞節的立法精神至今仍影響著法律的執行，再者是法律被用來矯正那些不合於性道德的少年，關於這些現象，本文認為均應予以解構、重塑，並體察到刑罰在少年性議題上的極限，我們不應該將法律做為鞏固貞節、控制少年的工具，也不應該寄望一條刑法來逃避教育責任或是取代公共衛生政策。

²⁹² 「國民健康署 104 年高中職暨五專學生之健康行為調查，高達 70.5% 的學生表示看過色情媒體，其中又有九成男學生、近八成女學生是在 15 歲前就看過，年齡再往下推，甚至有 6.1 % 的學生坦承七歲前就已接觸過色情媒體。」摘自：武美齡，你家孩子也是嗎？6% 學童七歲前就看過色情媒體，刊載於關鍵評論網，網址：<https://www.thenewslens.com/article/91905>（最後瀏覽日期：2018/03/22）

關於刑法第 227 條是否應該廢除的除罪化的相關爭議，本文整理了不同團體的立場，並在最後提出本文的見解是主張刑法第 227 條應予保留，但是在年齡相近的少年間合意性行為部分應予以除罪化，原因是對兒童及少年而言，面對年齡差距過大的行為人時，因為彼此人際地位的不對等，自由意志可能受到壓制，有受到性剝削、危害其身心健全成長的風險，因此刑法第 227 條還是有其保護功能，至於年齡相近的少年間的合意性行為則應該予以除罪化，給予專業工作者更大的個案評估空間，如果確實是合意的性探索或親密關係的自然發展，則屬青春期發展的一部分，本文亦提出相關研究與資料作為佐證，認為青春期性行為不應該標籤為問題行為或偏差行為，而應該以正向積極的眼光看待，由成年人提供性教育與輔導諮商之資源，陪伴少年培養面對性議題的判斷能力與決定能力，協助少年健全成長。

本文認為國家介入少年性議題時，應該從少年的最佳利益出發，成人（包含國家與家長）應該基於少年在青春期發展的特殊性，將性議題納入青春期發展重要的一環，提供安全、友善的協助環境，根據個別少年的成熟度不同，聆聽他們的意見並協助他們作出判斷，以少年的最佳利益作為政策的考量，而不是維護傳統性道德、善良風俗，或是家長單方面的觀念與期待。

最後，關於除罪化的修法方式，本文建議參考美國法定強暴罪中的年齡差距條款，讓年齡差距在三歲以內的少年間合意性行為不構成刑事犯罪，以扭轉我們看待少年間性行為的眼光，將其視為一個健康議題，而非犯罪或偏差行為，重新建構關於少年性議題的刑事政策。

第六章 結論

第一節 本文回顧

為了要了解「與兒童及少年合意性行為」犯罪化的刑事政策，本文首先討論了我們如何看待兒少以及他們的性，在分析社會建構、心理學理論、女性主義的觀點後，本文發現，兒童被視為純真無邪的、青少年是衝動莽撞的、青少年則是易受傷害的，他們被認為不具有性的同意能力，而且過早的性行為將會危及他們的身心健全發展，因此刑法以十六歲為界，試圖嚇阻與懲罰那些對兒少遂行性剝削的行為人，然而可罰性基礎令人質疑的「少年間合意性行為」卻也受到犯罪化。立法者雖然設計「兩小無猜條款」，希望減少少年間的合意性行為進入刑事司法系統，但因為立法時的發想不夠周全，該條款並沒有成功地發揮其功能。

刑法與性別平等教育法、性侵害犯罪防治法、少年事件處理法交織成一張保護兒少的網絡，但在學校、社政、少年司法的實際執行上卻產生各種問題，師生間的信任關係被破壞、校園內的性別平等教育無法落實、社工在服務中感受到價值混亂、司法將貞節的枷鎖與性污名加諸於兒少的身上，同時也耗費大量的社會成本，造成資源的重複與排擠作用，從目前的實務經驗來看，現行以刑法為中心的網絡已脫離了保護兒童及少年性自主或身心健全發展的本質。

為了找出解套辦法，本文借鏡了美國法定強暴罪的刑事政策，然而卻發現父權的歷史、性道德的治理、女權主義的角力以及涉及階級種族議題的差別執法，都讓我們見識到國家介入兒少性議題的複雜性，而且法律一方面希望嚇阻那些老牛吃嫩草的「掠奪者」，但同時也使得兩情相悅的「羅密歐與茱麗葉」受到不成比例的懲罰，導致法律既保護又懲兒少的雙重性，從這個困局中，美

國發展出的「年齡差距條款」以及針對法定強暴罪的多元研究或許值得我們參考。

本文認為現行刑法第 227 條雖然有其保護功能，但一定年齡差距內的少年間合意性行為應予以除罪化，才足以扭轉我們看待少年性議題的觀點，本文主張應以少年的最佳利益作為刑事政策的核心理念，我們須警惕貞操觀念對法律的影響，避免法律成為性道德的治理工具，同時也體認到刑法有其極限，不可過度依賴，成人們不該忽視少年的性與情慾，或將其標籤為問題行為或偏差行為，而是該正視少年在青春期的性發展與學習的權利，提供正確的知識與教育輔導資源，協助少年既能掌握性自主的內涵，也能達到身心健全成長的理想。

第二節 未來展望

少年的性是一個既自然又複雜的議題，它是人類成長過程中的必然歷程（性的探索與發展），但也可能帶來許多風險（未婚懷孕、性病傳染），思考如何給予少年適當的健康教育與衛生保健資源，並阻止有心人士對兒少進行性的剝削利用，是目前教育、公共衛生、刑事司法的共同目標。

本文期待將年齡相近的少年間合意性行為除罪化之後，成人們不是陷入「不知道怎麼教小孩」到恐慌，而是勇於承擔教育的責任，在家庭裡，家長應該關心孩子身心成熟的發展程度，以開放的態度去了解孩子的想法以及交友狀況，在孩子對異性（或是同性）產生興趣時，能夠以傾聽代替責罵，與之討論情感表達的方式、性方面的議題，並教導他們如何尊重別人與保護自己。在校園中，性教育與情感教育應該和國文、英文、數學這些學科一樣重要，老師與學生間必須建立安全的信賴關係，讓學生面臨情感困擾或性方面的疑惑時，可以坦然地向老師求助，而非刻意迴避、擔憂啟動通報機制的諜對諜。

在最近的新聞報導中，新北傳出一對就讀國一的小情侶，因為戀情遭到老師阻攔，並受到全班霸凌，進而留下遺書跳樓殉情的事件。依據新聞報導，老師在面對學生談戀愛時，經常約談學生並予以責罵，也因為發現兩人在校外摟摟抱抱，要求學生寫悔過書，鉅細靡遺地寫下摟抱的時間、地點等細節並自我反省，甚至在班上成立糾察隊以避免學生間談戀愛²⁹³。在小情侶的對話紀錄中，男學生寫下：「我的朋友都把我當狗看，更別說就算不認識的學生路過也得說那不是闖出貨（禍）的狗男女嗎，我受夠了真的，我真的真的很想死²⁹⁴。」顯然在同儕間受到了極大的壓力，最後導致這起悲劇發生。

本文認為少年在青春期開始對戀愛有憧憬，本來就是正常的發展現象，然而在升學主義掛帥、兒少純潔無性的想像下，仍有很多有形無形的禁愛令存在校園中，而法律（刑法第 227 條）也是一個明顯的宣示，將少年的愛與性都扣上了「犯罪」這頂沈重的帽子，同時也將它污名化。少年間合意性行為（兩小無猜）除罪化一直充滿爭議，然而它卻是一個讓社會各界重新省思少年性議題的契機，大人們不能再以法律作為擋箭牌，必須思考怎麼陪伴、教導少年建立正確的性觀念、如何談一場尊重對方也有助於自我成長的戀愛。

在筆者的實務生涯中，深刻體會到信任關係（專業關係）的建立，是有效輔導的基本前提，有太多的少年在面對大人們時欲言又止，擔心不被理解、擔心被懲罰、所以轉而向不適當的人尋求幫助。法律應該讓想幫忙的大人們使得上力，讓需要被幫忙的少年們不再恐懼，而不是讓大家都困在「保護網絡」裡感到無助無力。本文認為在一個開放、不害怕面對問題、不想便宜行事的環境

²⁹³ 自由時報，〈國一小情侶墜樓殉情遺書 控導師百般阻攔才想不開〉，載於：

<http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/2466836>（最後瀏覽日期：2018/08/12）

²⁹⁴ ETtoday 新聞雲，〈「我們明天就要死了」！國中小情侶殉情墜 7 樓雙亡 最後簡訊曝光〉，<https://www.ettoday.net/news/20180702/1203911.htm>（最後瀏覽日期：2018/08/12）

裡，以少年的發展需求作為第一考量，才有可能真正達到協助少年健全成長的目標，只要成人溫柔的引導與陪伴，相信少年自然能夠長出完整的性自主權利。



參考文獻

中文文獻（依作者姓氏筆劃排列）

（一）專書著作

- 王雅各（2001），《臺灣婦女解放運動史》，臺北：巨流。
- 甘添貴（2010），《刑法各論（下）》，臺北：三民。
- 弗洛伊德（Sigmund Freud）（著），宋廣文（譯）（2007），《性學三論·愛情心理學》，臺北：Portico publishing。
- 林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，臺北：元照。
- 林俊寬（2009），《少年事件處理法》，臺北：五南。
- 林鈺雄（2010），《刑事訴訟法（下冊）》，臺北：元照。
- 林奕含（2017），《房思琪的初戀樂園》，臺北：游擊文化。
- 邱惟真（2017），《柯氏性別關係量表之建構與信效度之檢驗（少年版）》，臺北：淡江大學出版中心。
- 柯林黑伍德（Colin Heywood）（著），黃煜文（譯）（2004），《孩子的歷史：從中世紀到現代的兒童與童年》，臺北：麥田。
- 陳煥生（2002），《刑法分則實用》，臺北：自版。
- 陳慈幸、蔡孟凌（2009），《少年事件處理法學理與實務》，臺北：元照。
- 教育部（2011），《報乎你知—教育人員對「性侵害或性騷擾」的基本認知》，臺北：教育部。
- 菲力浦·阿利埃斯（Philippe Ariès）（著），沈堅、朱曉罕（譯）（2013），《兒童的世紀—舊制度下的兒童與家庭生活》，北京：北京大學。
- Philip and Barbara Newman（著），郭靜晃、吳幸玲（譯），《發展心理學——心理社會理論與實務》，臺北：揚智文化。
- 曾淑瑜（2000），《刑法分則問題研析（二）》，臺北：翰蘆。

- 黃德祥（2007），《青少年發展與輔導》，臺北：五南。
- 黃仲夫（2010），《簡明刑法分則》，臺北：元照。
- 黃源盛（2006），《刑法各論》，新北：國立空中大學。
- 褚劍鴻（2004），《刑法分則釋論上冊》，臺北：臺灣商務印書館。
- 劉安彥、陳英豪（1999），《青年心理學》，臺北：三民。
- 劉清景（1996），《刑法分則（上冊）》，臺北：學知。
- 劉玉玲（2005），《青少年發展—危機與轉機》，臺北：揚智文化。
- 劉作揖（2010），《少年事件處理法》，臺北：三民。
- 劉達臨（2001），《性的歷史》，臺北：臺灣商務。
- 韓忠謨（1982），《刑法各論》，臺北：自版。
- 瓊·瑞妮絲，露絲·畢思理（著），王瑞琪，莊雅旭，莊弘毅，張鳳琴
（譯）（1992），《金賽性學報告》，臺北：張老師文化。
- 顧燕翎主編（2012），《女性主義理論與流派》，臺北：女書。

（二）期刊論文

- 王玉葉（2009），〈美國死刑制度的演進：Roper v. Simmons 案廢除少年犯死刑之意義〉，《歐美研究》，第 39 卷第 4 期。
- 王如玄（2006），〈偷嘗禁果之刑事法律責任〉，《學生輔導》，第 102 期。
- 王曉丹（2015），〈「拆解」防治性別暴力的法律：文件格式化、敘事失語以及文本性現實〉，《性別平等教育季刊》，第 71 期。
- 李茂生（2001），〈我國少年事件處理法的檢討與展望—以刑事司法與福利行政兩系統的交錯為論點〉，《月旦法學雜誌》，第 74 期。
- 李茂生（2008），〈新少年司法與矯治制度實施十年的光與影〉，《林山田教授紀念論文集》。
- 李聖傑（2003），〈從性自主權思考刑法的性行為〉，《中原財經法學》，第 10 期。

- 李聖傑（2004），〈妨害性自主：第二講 性行為與性的行為〉，《月旦法學教室》，第 21 期，頁 94。
- 李佳玟（2005），〈近年來性侵害犯罪之刑事政策分析—從婦運的角度觀察〉，《中原財經法學》，第 14 期。
- 李佳玟（2010），〈違反罪刑法定的正義〉，《臺灣法學雜誌》，第 160 期。
- 李德芬、周才忠、林美珍、陳嘉鳳（2004），〈青少年懷孕對其生理、心理社會之衝擊〉，《臺灣性學學刊》，第 10 卷第 2 期。
- 李欣純（2011），〈從各國臨床指引談青少年的性病檢測相關重要議題〉，《愛之關懷季刊》，第 76 期。
- 何春蕤（2011），〈臺灣法律中的兒少主體〉，《中華性／別：年齡政治機器》，香港：圓桌文化。
- 林志潔、金孟華（2010），〈美國女性主義法學發展與性侵害防制法之改革〉，《月旦法學雜誌》，第 182 期。
- 林美玲、張玉婷（2016），〈原住民青少年對婚前性行為之觀點〉，《臺灣性學學刊》，第 22 卷第 1 期。
- 胡中宜（2009），〈少年微罪轉向制度在臺灣之實施經驗：回顧與分析〉，《社區發展季刊》，第 128 期。
- 晏涵文、劉潔心、李思賢、馮嘉玉（2009），〈臺灣國小、國中、高中職學校性教育成果調查研究〉，《臺灣性學學刊》，第 15 卷第 2 期。
- 許玉秀（2012），〈重新學習性自主—勇敢面對問題〉，《月旦法學雜誌》，第 200 期。
- 許福生（2011），〈百年刑法妨害性自主罪之變革〉，《警政論叢》，第 11 期。
- 許澤天（2014），〈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〉，《臺灣法學雜誌》，第 242 期。

- 陳美燕（2010），〈對少年性侵害加害人治療輔導處遇修法之一、二議〉，《司法周刊》，第 1485 期。
- 葉大華（2001），〈台灣囡仔「性」福嗎？〉，《新使者雜誌》，第 64 期。
- 詹其峰（2013），〈親善的青少年健康服務〉，《台灣醫學》，第 17 卷第 2 期。
- 楊嘉宏（2014），〈性別平等不只是法治教育：一個國中基層教師對於性別平等教育的觀察筆記〉，《性別平等教育季刊》，第 67 期。
- 甯應斌（2011），〈極端保護觀：透過兒少保護的新管制國家與階級治理〉，《臺灣社會研究季刊》，第 83 期。
- 甯應斌（2011），〈台灣性侵幼兒修法爭議的哲學反思〉，《中華性別：年齡政治機器》，香港：圓桌文化。
- 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》，第 147 期。
- 劉盛男（2007），青少年早期性行為及其影響因素之探討，屏師特殊教育第 15 期，頁 75。
- 蔡聖偉（2016），〈臺灣刑法中保護性自主決定的制裁規範—現行法制的介紹以及未來修法的展望〉，《月旦刑事法評論》，第 3 期。
- 鄭瑞隆（2006），〈少年性侵犯行之成因、評估與矯正處遇〉，《亞洲家庭暴力與性侵害期刊》，第 2 卷第 1 期。
- 盧映潔（2008），〈兩小無猜是原罪？—刑法第二二七條之與幼年人性交猥褻罪及相關條文的修正研議〉，《月旦法學雜誌》，第 152 期。
- 盧映潔（2010），〈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。
- 錢建榮（2010），〈為恐龍法官喊冤——「強制性交罪」的爭議〉，《司法改革雜誌》，第 83 期。

蕭如婷、蔡景宏（2014），〈性侵害事件少年評估與處遇〉，《亞洲家庭暴力與性侵害期刊》，第 10 卷第 2 期。

謝如媛（2006），〈刑法規範下的家庭秩序〉，《臺大法學論叢》，第 35 卷第 6 期。

謝如媛（2018），〈少年修復式司法的批判性考察—從少年的最佳利益到利益衡平？〉，《政大法學評論》，第 152 期。

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》，第 186 期，頁 39-40。

蘇芊玲（2014），〈性別平等教育法：我的認識、思考與想像〉，《婦研縱橫》，第 101 期。

（三）學位論文

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

陳彥臻（2015），《青少年的情慾探索與學校規訓》，南華大學應用社會學系教育社會學碩士論文。

（四）網路文獻

刑法第 227 條怎麼看？ 勵馨提兩小無猜除罪化，公民行動影音紀錄資料庫，<https://www.civilmedia.tw/archives/39452>

法務部矯正署（2017），《性侵害少年加害人司法處遇業務專案報告》，www.mjac.moj.gov.tw/HitCounter.asp?xItem=467783

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

兒童福利聯盟文教基金會（2016），「可以說的秘密」2016 年台灣兒童性教育知識調查報告，載於：
<https://www.children.org.tw/research/detail/71/890>

郭彥伯（2015），《拉菲與竹科男》，載於苦勞網：

<http://www.cooloud.org.tw/node/81492>

黃淑怡（2013），〈「我寧願她帶男朋友回家過夜」淺談荷蘭性教育〉，

載於網氏/罔市女性電子報：

<http://bongchhi.frontier.org.tw/archives/21295>

喀飛（2015），〈台灣同志運動的歷史回顧〉，載於苦勞網：

<https://www.cooloud.org.tw/node/83827>

董氏基金會心理衛生中心歷年年度調：2016 年「525 我愛我活力青少女校園講座回饋單基本統計分析」，網址：

<http://www.etmh.org/CustomPage/HtmlEditorPage.aspx?MIId=1346&ML=3>

董氏基金會心理衛生中心歷年年度調：2014 年「大臺北地區青少女憂鬱情緒程度、壓力源及紓壓方式之調查結果」，網址：

<http://www.etmh.org/CustomPage/HtmlEditorPage.aspx?MIId=1346&ML=3>

蘇芊玲、楊佳羚等（2016），《兩小無猜事件處遇執行之跨國分析比較》，財團法人勵馨社會福利事業基金會臺灣性侵害受害人政策檢視及倡議延伸計畫，載於總統府司法改革國是會議第五分組第六次會議參考資料，<https://justice.president.gov.tw/meeting/48>

戴伯芬（2016），《我們需要什麼樣的性別平等教育？》，刊於巷仔口社會學網站，<https://twstreetcorner.org/2016/11/15/taipofen-6/>

謝莉君，〈《青春水漾》，性教育掀波瀾〉，載於網氏/罔市女性電子報，<http://bongchhi.frontier.org.tw/archives/23622>

國小老師教性教育卻被反同團體提告 教育局：律師費我出，關鍵評論網：<https://www.thenewslens.com/article/75443>

臺南地檢署偵辦陳 O 星妨害性自主等案件結案新聞稿，臺南地檢署網站：

<http://www.tnc.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=484586&ctNode=32375&mp=02>

英文文獻（依姓氏字母順序排列）

（一）專書著作

Cocca, C. (2004). JAILBAIT: THE POLITICS OF STATUTORY RAPE LAWS IN THE UNITED STATES. SUNY Press.

Corrigan, R. (2013). UP AGAINST A WALL: RAPE REFORM AND THE FAILURE OF SUCCESS. NYU Press.

Waites, M. (2005). THE AGE OF CONSENT: YOUNG PEOPLE, SEXUALITY AND CITIZENSHIP. Springer.

Odem, M. E. (2000). DELINQUENT DAUGHTERS: PROTECTING AND POLICING ADOLESCENT FEMALE SEXUALITY IN THE UNITED STATES, 1885-1920. Univ of North Carolina Press.

（二）期刊與專書論文

Bierie, D. M., & Budd, K. M. (2016). Romeo, juliet, and statutory rape. *Sexual Abuse*, 30(3), 296-321.

Bachanas, P. J., Morris, M. K., Lewis-Gess, J. K., Sarett-Cuasay, E. J., Sirl, K., Ries, J. K., & Sawyer, M. K. (2002). Predictors of risky sexual behavior in African American adolescent girls: Implications for prevention interventions. *Journal of Pediatric Psychology*, 27(6), 519-530.

Cavazos-Rehg, P. A., Spitznagel, E. L., Bucholz, K. K., Nurnberger, J., Edenberg, H. J., Kramer, J. R., ... & Bierut, L. J. (2010). Predictors of sexual debut at age 16 or younger. *Archives of sexual behavior*, 39(3), 664-673.

Chilman, C. S. (1990). Promoting healthy adolescent sexuality. *Family relations*, 123-131.

- Cohen, M. (2009). No Child Left Behind Bars: The Need to Combat Cruel and Unusual Punishment of State Statutory Rape Laws. *Journal of Law and Policy*, 16(2), 717-756.
- Eidson, R. (1979). The constitutionality of statutory rape laws. *UCLA L. Rev.*, 27, 757-815.
- Donovan, P. (1997). Can statutory rape laws be effective in preventing adolescent pregnancy?. *Family planning perspectives*, 29(1), 30-40.
- Darroch, J. E., Landry, D. J., & Oslak, S. (1999). Age differences between sexual partners in the United States. *Family planning perspectives*, 160-167.
- Flynn, D. (2012). All the Kids Are Doing It: The Unconstitutionality of Enforcing Statutory Rape Laws against Children & Teenagers. *New Eng. L. Rev.*, 47, 681-714.
- Fortenberry, J. D. (2013). Sexual development in adolescents. In *Handbook of Child and Adolescent Sexuality* (pp. 171-192).
- Goodwin, M. B. (2013). Law's Limits: Regulating Statutory Rape Law. *Wisconsin Law Review*, 481-540.
- Higginson, J. G. (1999). Defining, excusing, and justifying deviance: Teen mothers' accounts for statutory rape. *Symbolic Interaction*, 22(1), 25-44.
- Halpern, C. T. (2010). Reframing research on adolescent sexuality: Healthy sexual development as part of the life course. *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 42(1), 6-7.
- Hines, D. A., & Finkelhor, D. (2007). Statutory sex crime relationships between juveniles and adults: A review of social scientific research. *Aggression and Violent Behavior*, 12(3), 300-314.
- Koon-Magnin, S., & Ruback, R. B. (2013). The perceived legitimacy of statutory rape laws: The effects of victim age, perpetrator age, and age span. *Journal of Applied Social Psychology*, 43(9), 1918-1930.

- Little, C. B., & Rankin, A. (2001), December. Why do they start it? Explaining reported early-teen sexual activity. In *Sociological Forum* (Vol. 16, No. 4, pp. 703-729). Kluwer Academic Publishers-Plenum Publishers.
- MacKinnon, C. A. (1991). Reflections on sex equality under law. *Yale Law Journal*, 1281-1328.
- Miller, K. S., Clark, L. F., & Moore, J. S. (1997). Sexual initiation with older male partners and subsequent HIV risk behavior among female adolescents. *Family planning perspectives*, 212-214.
- Martin, A., Ruchkin, V., Caminis, A., Vermeiren, R., Henrich, C. C., & Schwab-Stone, M. (2005). Early to bed: A study of adaptation among sexually active urban adolescent girls younger than age sixteen. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 44(4), 358-367.
- Oberman, M. (1994). Turning girls into women: Re-evaluating modern statutory rape law. *J. Crim. L. & Criminology*, 85, 15-79.
- Oberman, M. (2000). Regulating consensual sex with minors: Defining a role for statutory rape. *Buff. L. Rev.*, 48, 703-784.
- Olsen, F. (1984). Statutory rape: A feminist critique of rights analysis. *Tex. L. Rev.*, 63, 387-432.
- Seidman, I., & Vickers, S. (2004). The second wave: An agenda for the next thirty years of rape law reform. *Suffolk UL Rev.*, 38, 467-492.
- Udell, W., Sandfort, T., Reitz, E., Bos, H., & Dekovic, M. (2010). The relationship between early sexual debut and psychosocial outcomes: A longitudinal study of Dutch adolescents. *Archives of Sexual Behavior*, 39(5), 1133-1145.

(三) 網路文獻

Connecticut Law About Statutory Rape , Available at

<https://www.jud.ct.ov/lawlib/Law/rape.htm>

Caminis, A., Henrich, C., Ruchkin, V., Schwab-Stone, M., & Martin, A. (2007) .
Psychosocial predictors of sexual initiation and high-risk sexual behaviors in
early adolescence. *Child and Adolescent Psychiatry and Mental Health*, 1(1), 14.
Available at <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2217270/>

Hilda Munoz, A Plan to Redefine Teen Sex Offenders, HARTFORD COURANT,
May 3, 2007, at A1. Available at http://articles.courant.com/2007-05-03/news/0705030904_1_offender-statutory-sexual

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

Manlove, J., Moore, K., Liechty, J., Ikramullah, E., & Cottingham, S. (2005) . Sex
between young teens and older individuals: A demographic portrait. *Child
Trends Research Brief*. Available at <https://www.childtrends.org/wp-content/uploads/2005/09/Sex-Between-Young-and-Old.pdf>

The Texas Sexual Assault Law , Available at <https://saputo.law/criminal-law/texas/sex-crimes/sexual-assault/#affirmative-consent>

WHAT ARE THE ROMEO AND JULIET LAWS , Available at <https://sex-crimes.laws.com/statutory-rape/romeo-and-juliet>

yl Troup-Leasure, K., & Snyder, H. N. (2005) . Statutory rape known to law
enforcement. Available at <https://classic.ntis.gov/assets/pdf/st-on-cd/PB2007105633.pdf>