



法律中的未成年人能動性？

從無罪判決看刑法227條第3項的保護主義

王育章
政治大學法學院研究生

我國刑法將合法性交年齡設定在 16 歲，與該年齡以下之人發生性行為者皆須受到處罰。此立法設計，不論是過去以維護善良風俗為目的或保護性自主權、或是現在主流認為，以保護未成年人格健全發展為目的（註 1），不僅正面禁止成年人與未成年人發生性關係，反面也限制未成年人與他人發展性關係的可能——因為不論當事人是否合意都是違法；這種「保護（註 2）」直接忽視未成年人的意見，單純的在案件中將其視為「被害者」，而另外一方則當然是「加害人」，但實際上的情況是否如同法律條文所設計一樣的單純並易於區分，而且這種二元劃分限制當事人對當下環境中主體利益的追求——進而阻礙了能動主體的運作（註 3）。當事人在這個情境中又被如何看待？這疑問

讓我不禁思考此種基於二元對立預設立場所形成的保護主義。

刑法 227 條第 3 項：「與十四歲以上十六歲以下之男女為性交者，處七年以下有期徒刑」。此年齡層的當事人已經和成年人相差無幾，或許已經能夠做出相似的成熟判斷，且各國因法律不同，對於這個年齡層的人也有不同的規範，因此我們可以確定對 14 至 16 歲這一年齡層的限制並非舉世皆然。對一個「接近成年獨立個體的人」被剝奪在性方面的能動性，在法律上又怎麼看待？此觀點和女性主義法學中提到女性的性是否有關聯？又或者，和在「性」關係中相對弱勢者有所關聯？這篇文章蒐集法院實務無罪判決，以女性主義法學檢視刑法中保護主義如何運作，並且提出看法。



文獻回顧——被層層保護的性

當我們討論社會中發生的性時，我們通常認為在「同意」的情況下形成當事人之間的私人領域、不應讓他人干涉；但 MacKinnon 重新檢視同意的意義。她認為在異性戀霸權的框架下，強暴是不平等 (unequal) 而非不想要 (unwanted) 的問題 (註 4)。女性在不平等框架中做出的同意，是否真的能視為性自主的展現？這讓我們重新審視合意性交的複雜性。這種不平等的關係不只存在成年人的性，也同時存在成年人與未成年人的性之間；比起成人之間，在牽涉到未成年人時基於未成年人需要成年人保護和指引的前提 (註 5)，我們更容易將其視為一種結構上的不平等，並且將其視為一種對於未成年人的侵害。

這種對結構不平等的架構產生侵害的疑慮，亦是當代認為與未成年人性交即便合意但仍成罪的重大原因之一，比方說盧映潔亦曾主張我國刑法第 227 條之條目，應該以「性剝削」視角去討論：針對未成年人在未成熟為一獨立個體前，成年人以優勢地位來使其從事性相關的活動以獲得性滿足或是其他利益 (註 6)；此思維也成為我國兒童及

少年性剝削防制條例的立法目的。除此之外，隨著兒童最佳利益這一概念之出現和普及，以福利主義為名的保護開始大行其道 (註 7)，社會團體和立法者推動諸多以「保護」為名的法律和修法 (註 8)，這些法律多以未成年人在社會中易受到傷害為出發點，使未成年人快速地成為極端需要保護的主體 (註 9)。這種為了避免未成年人在不對等框架下受到傷害的思想，可說是保護主義在法律中滋長的超級營養劑。

Katherine Franke 認為 MacKinnon 所提出女性主義理論雖然幫助女性抗拒不對等的性別、權力關係，但也使女性、或者是權利弱勢者困在只能說不的情境中 (註 10)；在這種情況下，Franke 認為女性、或權利弱勢者應該要打破既有框架、正視自己的性，以追求更大的能動性空間。MacKinnon 學說的困境在未成年人保護的領域所導出諸多的限制和保護——因為要避免傷害，而對很多事情說「不」；本文將會討論這種限制和保護到底在刑法中如何呈現、在這之中未成年人又能否有足夠的空間去發展能動性。

但在我們討論能動性空間前，我們必須先理解何謂能動主體，若無法取



得自身的主體位置，能動性也會面臨欠缺自身意志展現的困境。王曉丹認為單純的「加害／被害」二元劃分，這種粗糙和不實際的預設，忽略人類行為的複雜性，無視個人對環境中主體利益追求的能力和渴望（註 11）。為跳脫這種僵化的二元模式，開始關注當事人的能動主體，將當事人的主體能動性作為思考當事人是否受到傷害、或是是否需要協助的標準，我們利用關注主體能動性的積極態度，來脫離「加害／被害」的二元泥淖。保護主義將關注的焦點放在加害人身上，以嚴刑峻罰的方式將加害人與被害人隔離（註 12）。此種心態忽略未成年人的能動主體、使其成為被動的客體，故討論未成年人在刑法中的狀態時，不能忽略保護主義脈絡下的被害者想像。筆者認為雖然女性主義法學和兒童權利並非相同、亦有各自不同的脈絡，兒童及少年福利的領域（註 13）多以保護和引導作為論述的切入點（註 14），女性主義的觀點應該能夠給予該領域一些不同的討論能量。且 14 到 16 歲之人作為一個即將脫離兒童及少年範疇，筆者認為，應該不能純然的以面對未成年人的心態和思維來處理，我們無法期待他在脫離少年進入成人的那一瞬

間完全的成長。因此雖然不能完全一體適用，但在討論與性相關的案件時，作為一個法律、社會上被當作弱勢、不具有自主權、充滿被動的個體，我相信在討論本條文時，有許多值得借鏡女性主義法學理論的部分。

研究方法——案例蒐集

我以《Lawsnote 七法法學資料庫》內進行案件蒐集，所使用的關鍵字為「地方法院刑法 227 條第三項無罪」，搜索民國 105 年至 107 年內之案件，所得資料共 14 筆（註 15）。除單純的與未成年人性交之案件外，還有部分案件之被告同時觸犯多個罪名（註 16），為了能夠保證蒐集到無罪的案件，即便其他罪名皆成立，但只要有以刑法 227 條第 3 項被起訴但獲判無罪者便將該類案件納入分析。

我以判決書中所載之用語，與整個審判過程中對於無罪結果的原因加以記錄，並且以女性主義法學觀點進行分析，試圖提出一個能動主體在刑法 227 條第 3 項受到限制的論述。

案例蒐集——為何不成罪？

以「地方法院 & 刑法 227 條第三



項 & 無罪」為關鍵字，搜索民國 105 年至 107 年年底全中華民國地方法院的案件，排除最後並未採用本條文為判決或是為有罪判決之案件，共得 14 筆結果。此 14 筆結果中，法官對於被告之所以為無罪判決之理由非常明確可分為以下二類：

- 一、依據無罪推定原則，無法證明被告有罪時不得為有罪之宣判。(註 17)
- 二、發生性行為時，被告無法知悉或極可能無法知悉被害人未滿 16 歲。(註 18)

第一類的無罪案件（共六件）牽涉刑法的黃金條款和告訴人的舉證能力，其中多以無法證明是否有發生性行為（註 19），或是性行為發生之時間點是否為被告滿 16 歲之前（註 20）等因素而被判無罪，在此暫且不表。

第二類（共八件），作為一個構成要件明確且對於行為人主觀要件同時採直接故意和未必故意的刑法條文，法律上顯對於行為人課予較高的注意義務。「當你與人發生性行為時，請注意你的性行為對象之年齡」，法律似乎這麼跟社會大眾說道。而刑法學界與實務界也曾對於該問題有所議論，目前實務

上雖然不需要有明確之認知（註 21），但是只要有不確定故意也夠本罪（註 22）。

綜觀第二類的情況，其實可以知道檢察官和法官為確認案件被告之主觀是否具有不確定故意，將詳細確認各種情境下被告是否應該可以發覺被害人之年齡。當被告主張其沒有認知到被害人為 14 至 16 歲之人時，幾乎所有案例都討論雙方如何相處。如何相識？交往關係為何？日常談話內容，如：你們如何認識？被告會去接你上下課嗎？沒有一起過生日嗎……等語（註 23），這是法律審判中非常典型「以外在客觀判斷行為人主觀意圖」的檢視手法，這些問題幾乎包含日常通念中被告所能夠接觸被害人年齡的所有情況。案例中亦有未成年人平時居住於旅館中，時常飲酒並出入未成年不得進入之夜店，且未曾穿著國中制服與被告碰面過（註 24）。

橋頭地方法院有一案被告觸犯 227 條第 3 項多次，但因第一次發生性行為時被告並不知道被害人年齡，甚至被害人曾向被告之母親謊稱其為 16 歲；因此本案中所載的第一次性行為被判無罪（註 25）。其餘案例中，也有未滿 16 歲之人為了要與人進行性交易，為



了避免顧客拒絕而一律謊稱已滿 18 歲之案件，使得被告即便已特別詢問仍然無法避免（註 26）；除口頭上的謊報年齡外，成熟的穿著和妝容，以及已發育的體態，皆使得法院難以認為被告對於未認知到被害人之年齡具有不確定故意（註 27）。法院亦曾認為當事人見面時有化妝，難以辨認真實面容，足見被害人打扮之影響甚大（註 28）。

綜上所述，是否會成罪之主因居然會取決於被害人有意的隱瞞？在這些情況下法律上所稱之加害人之立場是否反而陷於被動之中？

分析——

從無罪的結果反思能動主體的存在

依據前段蒐集的第二類案例，可以延伸出以下二個方向分析。

一、被害人的能動性展現

雖說關於刑法 227 條第 3 項之主客觀要件均已確定，因此對於其無罪的原因在既有的法律體系下已經有非常明確的定論；但若我們審視前文資料蒐集之內容，可以發現所謂「行為人不具有直接故意和未必故意」的情況——幾乎只限於未成年人主動隱瞞，行為人才會無法認知其年齡這些情況，幾乎都需要未

成年人做出某些積極行為方能到達成，更有未成年人謊報年齡與行為人來往、甚至為性行為的情況，這時顯然已非單純的去苛責行為人之故意就能夠避免，因此，除以刑法上的期待可能性和罪責事由等因素宣判行為人無罪之外，我更想將這類未成年人主動為積極、展現其社會上主體能動的行為，法律應該要對其表示重視，而非單純的採取著家父長式的保護心態、將其視為無性自主權的舉動。如果未成年人努力的以自己的判斷去和他人進行社會上互動而使其被誤認為成人，那麼我們是否應正視他在當下環境中所展現出來的主體能動，還是單純的將其當作被害人，然後以法律去禁止其他人與其產生社會連結？

筆者無意主張修法，亦無意替觸犯本罪之諸多行為人開脫，亦必須承認這種觀點充滿浪漫色彩，但如同 Franke 所提，女性應該要掙脫對於性的恐懼還有社會對女性和性切割的壓迫，並且正視自身包含性權力在內的社會地位（註 29）。或許在案件中積極表現出超齡外在、甚至謊報年齡的未成年人，就是在努力追求自己包含性權力在內的主體能動性，如此一來，我們還用刑法去限制這些未成年人的對象，是否是對



於未成年人、或者說性弱勢者的一種過度保護？

二、對於社會中「未成年人的性」被害者想像

觀察所蒐集的案例發現法官對於當事人間相識環境、相處模式的詢問法中，以「是否有看過你穿制服、接送上下學」等語作為未成年人是否被察覺其年齡之準則，但是在這些案例中當事人之間的相識多於學校之外，甚至是網路之中，雙方的社會地位和年齡差距已不再像是求學階段中的依年齡劃分；在他們相處的世界裡，14 歲到 16 歲的人不一定穿校服、也不一定會每天去學校上課，而且可能會已經在夜市打工；若是法律使用中持續抱持著這種預期，將很難正視這些不符合預設的未成年人，如前文提到那些進行性交易的被害人；進一步來說，這種觀念假設了某個年齡層的純潔無瑕、毫無判斷力和行動力，而另外一群成年人試圖用自己的優勢地位去對於這些弱勢者進行壓迫或性剝削。這種對於弱勢者樣貌的想像，以及對於加害者的想像，其實就是整個法條保護主義的核心之一，他預想了無知懵懂的少年少女，還有久經事故的、意圖欺騙他們的成年人，為了保護這些青澀

的未成熟、沒有判斷力的孩子，我們只能禁止所有孩子做出決定，保護主義的想像和落實就此完成。

結論

以女性主義提出的能動性問題為切入，若我們將兒童與性的接觸都視為傷害，那我們是否會陷入恐性氛圍中、抑或是單純將兒童做為二元對立中的被害者？這樣是否會導致我們一味的讓孩童們逃離性，過程中卻加強了性和孩童的不對等地位？如果思考在保護孩童不受到性傷害的同時，我們的方向是否正確？還是說這種保護其實只是在強化那種被害與加害者之間的對立，並且逃避現實中可能碰到的問題，像是一隻把頭塞進土裡的鴟鳥？不只家長為了保護子女利益而成為「直升機父母」（註 30），也要求未成年人成為直升機，只不過這次空降下去並非為了保護誰的利益，而是要直接面對複雜的社會。

我們認為保護才能使未成年人成長、行使自主權；但是反過來說，如果無法行使自主權、未成年人就無法成長，那麼保護也就成為無用的空話（註 31）。筆者認為，如果希望個人在成為一個獨立個體的時候充滿自主與能動

研究 星探 性別與法律專題（下）



性，那我們必須對未成年人的性教育和行為表示一定程度的尊重和重視，在我們用法律保護的同時進行教育，使未成年人知道自己的立場和所做決定可能的影響，而不是以單純的保護讓時間白白的流逝。避免時光飛逝卻毫無成長。如果希望個人在成為一個獨立個體的時候

充滿能動性，就必須正視法律中的保護心態，並且對未成年人的性教育和行為認知採取更加積極的重視和行動，這種重視未成年人的態度是對於性與性別關係中的位能儲備，才能期待在他們成年時轉換為能動性發揮的動能。♥

註 1：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，3：12-23。

註 2：王曉丹（2014）。性暴力法制的歷史交織：一個性別批判的觀點。軍法專刊，60(2)：34-46。

註 3：王曉丹（2019）。〈重讀性暴力受害人主體：打破二元對立化約論的能動性與脆弱性〉。收錄於王曉丹編《這是愛女，也是厭女——如何看穿這世界拉攏與懲戒女人的兩手策略》。臺北：大家。

註 4：MacKinnon, C. (2016). Rape Redefine. Harvard Law & Policy Review, 10 : 431-477.

註 5：行政院兒童e樂園兒童與政策 > 兒童福利社 > 兒童保護網址：<https://kids.ey.gov.tw/cp.aspx?n=ECEA48027CA1AA4E> 瀏覽日期：2019.5.15

註 6：盧映潔（2008）。性兩小無猜是原罪？——刑法第二二七條之與幼年人性交猥褻罪及相關條文的修正研議。月旦法學雜誌，152：220-222。

註 7：劉晏齊（2016）。為什麼要保護未成年人？兒少福利、法律與歷史的分析。政大法學評論，147：113-140。

註 8：《兒童及少年福利法》、《出版品分級辦法》、《性騷擾防治法》、《性別平等教育法》等。

註 9：何春蕤（2012）。臺灣法律中的兒少主體。收錄於趙文宗編，《中華性／別——年齡機器》（頁 194-199）。香港：圓桌文化。

註10：Franke, K. M. (2001). Theorizing Yes: An Essay On Feminism, Law, And Desire. Columbia Law Review, 101(181) : 197-208.

註11：同註 3。

註12：同註 2，頁 35。

註13：陳月娥（2014）。兒童及少年福利服務。收錄於陳月娥《社會福利服務》（頁 190-200）。臺北：千華數位文化。



註 14：同註 7

註 15：請見附件一、二。

註 16：桃園地方法院刑事判決 104 年度侵訴字第 62 號、新北地方法院刑事判決 107 年度侵訴字第 54 號。

註 17：見附件一。

註 18：見附件二。

註 19：桃園地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 23 號、南投地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 23 號、新北地方法院刑事判決 107 年度侵訴字第 54 號。

註 20：士林地方法院刑事判決 104 年度侵訴字第 40 號、桃園地方法院刑事判決 105 年度侵訴字第 88 號、高雄地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 17 號。

註 21：最高法院 100 年度台上字第 903 號刑事判決。

註 22：最高法院 93 年度台上字第 3557 號判決。

註 23：雲林地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 14 號。

註 24：桃園地方法院刑事判決 105 年度侵訴字第 104 號。

註 25：橋頭地方法院刑事判決 107 年度侵訴字第 11 號。

註 26：高雄地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 12 號。

註 27：基隆地方法院刑事判決 105 年度侵訴字第 11 號、橋頭地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 21 號。

註 28：基隆地方法院刑事判決 105 年度侵訴字第 11 號。

註 29：同註 10。

註 30：李雪莉（2007）。別當直升機父母。天下雜誌，368：108。

註 31：王雪梅（2012）。法律家長主義與尊重兒童。收錄於趙文宗編，《中華性／別——年齡機器》（頁 144-161）。香港：圓桌文化。

附件一

105-107 年全國地方法院刑法 227 條
第三項無罪案件（本文分類一）

士林地方法院刑事判決 104 年度侵訴字第 40 號
桃園地方法院刑事判決 105 年度侵訴字第 88 號
高雄地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 17 號
桃園地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 23 號
南投地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 23 號
新北地方法院刑事判決 107 年度侵訴字第 54 號

附件二

105-107 年全國地方法院刑法 227 條
第三項無罪案件（本文分類二）

桃園地方法院刑事判決 104 年度侵訴字第 62 號
基隆地方法院刑事判決 105 年度侵訴字第 11 號
桃園地方法院刑事判決 105 年度侵訴字第 104 號
高雄地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 12 號
雲林地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 14 號
橋頭地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 21 號
苗栗地方法院刑事判決 106 年度侵訴字第 37 號
橋頭地方法院刑事判決 107 年度侵訴字第 11 號