

「意不意願」很重要嗎？

—評高雄地方法院 99 年訴字第 422 號判決暨最高法院 99 年第 7 次刑 決議



編目：刑法

【論文導讀】

- 一、文章名稱：「意不意願」很重要嗎？—評高雄地方法院 99 年訴字第 422 號判決暨最高法院 99 年第 7 次刑庭決議
- 二、作者：盧映潔老師
- 三、出處：月旦法學雜誌第 186 期，頁 164-173

<目次>

壹、問題根源探討

- 一、從刑法妨害性自主罪章之類型談起
- 二、刑法第 227 條保護法益之正本清源
- 三、刑法第 222 條第 1 項第 2 款之立法瑕疵

貳、實務見解評釋

- 一、高雄地方法院 99 年度訴字第 422 號判決之評析
- 二、最高法院 99 年第 7 次刑庭決議的批判

參、未來修法之思考方向—代結語

肆、延伸閱讀

<摘要>

由於近期某 6 歲女童遭受性侵害之案件，行為人對幼年人之進行性交、猥褻行為於刑法上究應如何評價，成為社會輿論關注之焦點所在，本文旨在辨明我國妨害性自主罪章之本質，探討刑法第 227 條及第 222 條於此類案件中之適用範圍，並針對判決及最高法院決議進行評析，最後提出修法之建議。

關鍵詞：妨害性自主、兒童及青少年、同意

壹、問題根源探討

一、從刑法妨害性自主罪章之類型談起

我國刑法第 16 章妨害性自主罪章之保護法益，一般認為係「個人性行為的決定自由」或「性自



主權」，基本上可再細分為四大類型：

(一)違反意願類型(221、222、224、224-1)：

此類型之重點在於「壓抑被害人自主意願」，為典型侵害個人性自主權之類型。其構造為：行為人採取使被害人不得不屈從的強制手段→被害人自主意願遭壓制→在違反被害人意願情形下→對被害人為性交或猥褻行為。

(二)意願不明類型(225)：

係指被害人處於無法或難以擷取意願的狀態，而這種狀態可能來自被害人本身因素(例如：癲癇發作、飲酒爛醉如泥)；亦可能來自行為人以外的其他外力(例如：遭棒打昏迷)。此類型之重點在於「凡是有人處於這種狀態，其他任何人就不能趁人之危而有不軌的舉動」(註 1)。

(三)意願受干擾類型(228)：

本類型的被害人雖不像違反意願類型般地處於明顯立即被壓制意願的狀況，但考量到權力結構不平等的情況下，由於行為人居於權力上的優勢地位，對於被害人所希冀的事項(例如：工作、考績、成績、醫療照護等)有所掌握，被害人因而自願屈服於行為人性交或猥褻的要求，顯示其自主選擇之空間遭到壓縮，仍屬侵害性自主之情形。

(四)意願無意義類型(227)：

相較於違反意願類型，本類型之行為人並未採取(亦或無須採取)明顯壓制被害客體意願的手段方式而對幼年人(未滿 16 歲)為性交或猥褻行為。為保障幼年人身心健全，刑法第 227 條乃以客體年齡因素為考量，是以幼年人是否同意性交或猥褻行為，根本不具有刑法上的評價重要性，本條之適用亦不需以幼年人的意願作為要件之一，故而本條屬於意願無意義類型。由此衍生本文欲探討之問題所在：刑法第 227 條是否屬於所謂「性自主權」、「性自主意願」之維護？不無疑義。

二、刑法第 227 條保護法益之正本清源

刑法第 227 條的保護法益應為幼年人的自我身心健全成長權利，並非所謂「性自主權」之維護。其理由如下：

(一)幼年人的身心未臻成熟階段，無法作出保護自己的正確判斷。

(二)於幼年人身心發展階段，尚未建立自我及個體價值觀，對於外界事物較屬於單向式吸收，因而，即便是幼年人感到有趣的事物，若足以影響身心健康或可能造成心靈深刻烙印之不適切事物，國家均有義務加以排除，質言之，幼年人對該事物的接納同意並無重要意義而沒有法律上評價之必要。

(三)幼年人的生理發展尚不適合性交、猥褻行為之進行(註 2)，只要是對幼年人從事性相關活動，無論其是否同意，均屬對幼年人做出侵犯與傷害，亦即侵害幼年人身心健全成長權利，幼年人應被視為被害者(註 3)。

因此，適用刑法第 227 條時，客觀上只要行為人有對未滿 16 歲之人(或未滿 14 歲之人)進行性交或猥褻行為；主觀上行為人對客體之年齡有所認識而仍決意為對之為性交或猥褻行為，即可成立本罪。至於施用手段如何、客體意願為何均非要件所在。

三、刑法第 222 條第 1 項第 2 款之立法瑕疵

刑法第 222 條第 1 項乃加重強制性交罪，其基礎犯罪仍是強制性交罪(第 221 條)，故其性質上屬「違反意願類型」，適用前提即為被害人應係屬於具有意願表達能力，並且是有意願表達之情形。倘若被害人為欠缺意願表達能力者，行為人又何須使用壓制被害人意願的強制手段？例如：趁機性交罪(刑法第 225 條第 1 項)，其法條設計上即無以行為人必須施用強制手段為要件，



亦無被害人意願遭壓制或違反之要求。蓋此種案件中之被害人係處於無意願展現的狀態，亦即屬於不具備意願表達能力的情形。

同理，於被害者為幼年人之情形下，幼年人既對性相關事物顯然欠缺認知與理解且生理力量微小，對於他人的性交行為如何具有意願表達能力可能性？刑法第 222 條第 1 項第 2 款「對未滿十四歲之人犯強制性交罪」之立法目的是希望加強對幼年人之保護，然其規範妥適性上恐具有瑕疵，導致欠缺強制手段施用或根本無需施用強制手段之具體個案可否適用本條產生疑義。

貳、實務見解評釋

一、高雄地方法院 99 年訴字第 422 號判決之評析

本案事實為一名 6 歲女童在高雄某圖書館遭男子以手指插入下體，檢察官原係引用刑法第 222 條第 1 項第 2 款予以起訴，一審法官認為被告並無使用強制手段為性交，且被害人亦無抵抗被告之情形，因而改依刑法第 227 條第 1 項為判決，引發社會譁然，其值得檢討之處如下：

- (一)法官錯估女童的認知與生理能力，認為女童對被告之舉動有所認識，具有反抗掙脫之餘地，因而藉由女童欠缺掙脫反應推斷被告舉動並未違反女童意願，誠值可議。
- (二)判決關於量刑之說理過程不僅過度簡略且邏輯矛盾(註 4)，其理由之大部分均在指責被告之惡性，卻未提出具體說理，僅空洞指出「兼衡其犯罪動機、手段等一切情狀」即直稱檢察官求處有期徒刑 7 年容屬過重。另外對於如何衡量得出 3 年 2 個月的刑度(註 5)，亦完全未見說明(註 6)。

二、最高法院 99 年第 7 次刑庭決議的批判

最高法院於輿論壓力下倉促作成 99 年第 7 次刑庭決議(註 7)，以 7 歲為區分基準，為未滿 7 歲之人為性交，一律適用刑法第 222 條第 1 項第 2 款；對 7 歲以上未滿 14 歲者為性交，若有合意，則適用刑法第 227 條第 1 項。學者對此決議理由之批評如下：

- (一)最高法院認為刑法第 227 條之適用係以行為人與客體間具有合意為要件，而幼年人須有意思能力，始屬有效同意(註 8)。學者見解認為刑法第 227 條並非保障幼年人之「性自主權」，無須將幼年人同意與否納入法條要件中。其次，倘若法院認為本條係保障幼年人之性自主權，則幼年人既已同意，又何須處罰行為人？
- (二)最高法院認為未滿 7 歲之人不能謂全無意思能力，應依個案認定，惟實際上有無意思能力，證明不易。故未滿 7 歲之男女，依民法第 13 條第 1 項之規定既無行為能力，則應認未滿 7 歲之男女並無與行為人為性交合意之意思能力(註 9)。學者批評認為一個刑事實體法的要件是否有存在必要、是否重要，端視該要件能否反應出法益的侵害所在，對於規範完整性而言是否不可或缺。至於訴訟上是否容易證明，應非設計實體法要件的考量點。甚且，民法關於行為能力之規定，其目的乃在於衡平法律交易之公平性與交易安全之保障，與訴訟證明毫無關聯。最高法院對民法產生錯誤之闡釋，且有民刑不分之現象。
- (三)最高法院認為因未滿 7 歲者無從表達不同意之意思，因而只要對未滿 7 歲者為性交，一律屬於「違反意願之方法」，論以刑法第 222 條第 1 項第 2 款之罪(註 10)。學者見解認為加重強制性交罪之本質仍是「違反意願」類型，凡是無意願表達能力者，或處於無從表達意願狀態者，均非適用之對象。最高法院既已肯認未滿 7 歲者無意思能力，卻得出對未滿 7 歲者性交即是違反其意願，邏輯上實乃前後矛盾之說理。

參、未來修法之思考方向—代結語



- 一、對幼年人從事性活動之行為人的處罰規定，應確立其立法目的與保護法益在於幼年人之健全成長權利，而非其個人性自主權及身體控制權。
- 二、刪除加重強制性交罪(刑法 222)、強制猥褻罪(刑法 224-1)中對於幼年人犯強制性交罪、強制猥褻罪之規定，蓋「違反意願類型」與幼年人之特性實屬扞格不入。
- 三、根據國人平均生、心理發展成熟度，參酌兒童及青少年接受性知識訊息之管道與機會，考量性活動可能造成之生理傷害及心靈烙印程度，訂立年齡標線，並且於少年部分加上手段之區別，以此重新設計刑法第 227 條之規範(註 11)。

肆、延伸閱讀

- 一、高金桂(2009)，〈連續對幼年人性交之論罪〉，《月旦法學教室》，83 期，頁 26-27。
- 二、王乃彥(2008)，〈加重強制性交罪之存廢的檢討〉，《法令月刊》，59 卷 8 期，頁 19-34。
- 三、盧映潔(2008)，〈兩小無猜是原罪？— 刑法第 227 條之與幼年人性交或猥褻罪及相關條文之修正研議〉，《月旦法學雜誌》，152 期，頁 218-224。

※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】www.lawdata.com.tw

立即在線搜尋！

【注釋】

- 註 1：盧映潔(2004)，〈強制性交罪與趁機性交罪之區別〉，《月旦法學教室》，第 20 期，頁 16-17。
- 註 2：兒童在生理結構上尚無法正常接納他人性器官或其他方式的進入與碰觸，故對兒童的性相關行為會造成兒童生理上諸如生殖器官疼痛致走路或坐下均因疼痛而顯得有困難，或外生殖器部位(如肛門、陰道、會陰等)瘀傷、腫脹等情形，或反應排尿或排便會疼痛等。參照兒童性侵害防治國民小學教師在職進修網，<http://childsafes.isu.edu.tw/a/al.asp>(瀏覽日期：2010.9.14)
- 註 3：盧映潔，刑法分則專題研究系列之 8：〈兩小無猜是原罪？— 刑法第 227 條之與幼年人性交或猥褻罪及相關條文之修正研議〉，《月旦法學雜誌》，152 期，2008 年 1 月，頁 218-224。
- 註 4：判決理由謂：「審酌被告為滿足個人私慾，明知甲女年僅 6 歲，心智未成熟，竟對其性交，對甲女身心造成傷害，且犯後藉病否認犯行，未得告訴人乙男之諒解，兼衡其犯罪動機、手段等一切情狀，認檢察官求處有期徒刑 7 年 10 月容屬過重，爰量處如主文所示之刑。」
- 註 5：判決所引用之刑法第 227 條第 1 項之法定刑範圍係 3 年至 10 年有期徒刑。
- 註 6：基於台灣民眾理盲又濫情且酷好重刑文化之心態，系爭判決之所以引起輿論撻伐實係在於刑度之問題(本案判決 3 年 2 個月)，而後續立委提案之修法亦多朝加重刑罰之方向前進，欠缺對妨害性自主罪章立法設計之全面檢討。
- 註 7：最高法院 99 年第 7 次刑庭決議內容為：「倘乙係七歲以上未滿十四歲者，甲與乙合意而為性交，甲應論以刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪。如甲對七歲以上未滿十四歲之乙非合意而為性交，或乙係未滿七歲者，甲均應論以刑法第二百二十二條第一項第二款之加重違反意願性交罪。」
- 註 8：最高法院於決議理由中謂：「刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪，係以『行為人與未滿十四歲之男女「合意」為性交』為構成要件，倘與未滿十四歲之男女非合意而為性交者，自不得論以該項之罪。行為人與未滿十四歲之男女有性交之『合意』，則必須該未滿十四歲之男女有意思能力，且經其同意與行為人性交者，始足當之。」
- 註 9：最高法院於決議理由中謂：「至意思能力之有無，本應就個案審查以判定其行為是否有效，始符實際。未滿七歲之幼童，殊不得謂為全無意思能力，然確有意思能力與否，實際上頗不易證明。故民法第十三條第一項規定『未滿七歲之未成年人，無行為能力』，以防無益之爭論；此觀諸該條之立法理由自明。未滿七歲之男女，依民法第十三條第一項之規定，既無行為能力，即將之概作無意思能力處理，則應認未滿七歲之男女並無與



行爲人爲性交合意之意思能力。」

註 10：最高法院於決議理由中謂：「被害人未滿七歲者，因其無從表達『不同意』之意思，竟令行爲人僅需負刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女爲性交罪責，法律之適用顯然失衡：乙係未滿七歲者，則基於對未滿十四歲男女之保護，應認甲對於乙爲性交，所爲已妨害乙『性自主決定』之意思自由，均屬『以違反乙意願之方法』而爲，應論以刑法第二百二十二條第一項第二款之加重違反意願性交罪。」

註 11：盧映潔老師試擬條文如下(僅以性交爲例)：「1.對於未滿六歲之人爲性交者，處七年以上有期徒刑；2.對於六歲以上、未滿十二歲之人爲性交者，處三年以上、十年以下有期徒刑；3.對於十二歲以上、未滿十五歲之人爲性交者，處五年以下有期徒刑；以強暴、脅迫、恐嚇方式犯之者，處七年以下有期徒刑。」

