

論兒少性交易之禁止 與違反意願之認定

——以兒童及少年性剝削防制條例 第36條第3項為核心^{*}

游明得^{**}

要 目

壹、前 言	(六)小結：性交易應立於管制而非全面禁止
一、問題的提出	
二、問題意識	二、兒少性交易應予禁止之正當性
貳、先決問題——兒少「性交易」 禁止之正當性	(一)兒少身心的負面影響或未來發展可能性 (二)兒少的身體健康 (三)兒少性自主的虛擬化 (四)侵害
一、性交易應全面禁止之正當性探討	三、本文觀點：應予禁止兒少性行為而非性交易
(一)公序良俗下的全面禁止 (二)影響國民健康 (三)影響正當男女關係 (四)從事性交易者的人性尊嚴 (五)從他人之處獲取利益	(五)兒少性交易不應受到禁止

DOI : 10.53106/199516202025110038004

* 本文部分內容曾發表於2021年1月6日開南大學法律學院（系）舉辦之「第一屆新世紀法學新議題學術研討會」，感謝東吳大學法律學院（系）林書楷副教授的與談指正，並提供許多寶貴意見。更感謝兩位匿名審稿人的寶貴審稿意見，修正了本文許多的錯誤與不足之處，惟一切文責仍由作者自負。

** 開南大學法律學院法律學系專任副教授，輔仁大學法學博士。

投稿日期：一一三年十一月五日；接受刊登日期：一一四年一月十四日

(二)兒少性行為予以禁止才是根本

參、兒少性剝削條例第36條第3項之規範檢視

一、用語上之斟酌——不區分情形的「性剝削」

二、文字上之斟酌——主被動文字併存

三、刑法第221條「違反他人意願」認定標準的引入

(一)概括條款規定的適用前提

(二)從性自主侵害延伸的多元認定標準——以國內學說為基準

(三)他山之石——德國近年來修法消退複行為犯性質的演進觀察

(四)本文觀點——從立法目的開始思考與突破

肆、案例評析——針對違反兒少意願之認定

一、我國實務見解的發展現狀

二、在超前部署的大纛下就一切有理？

伍、結論

摘要

兒童與少年應相較於成年人給予更多保護，已是我國社會具有的共識，這不論從生理乃至心理皆然。我國相關法制之建構對此亦已具備相當規模，如兒童及少年福利與權益保障法、少年事件處理法等。然而，針對社會上層出不窮的兒少性犯罪，其型態已不再限於典型的性交或猥褻行為，更擴及了拍攝與持有未成年人性影像等。對此，我國除了普通刑法第227條設有處罰對於兒少之性侵害行為外，更制訂了兒童及少年性剝削防制條例之特別法，另外廣泛地規範了相關涉及兒少性之行為的行政責任與刑事責任。

本文主要自兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之案例檢討出發，首先討論對於兒童及少年性交易（或性剝削）行為應採取如何的態度，本文基於對兒少性行為之禁止，因此對於兒少性交易也同樣認為應在禁止之列。接著在案例中出現的重要爭點：是否違反被害人意願，本文也將自學說不同看法加以檢視，提出本文看法：基於體系解釋，對於不符合前導例示規定之強制行為，概括條款係指涉利用被害人無助情境而言。最後，本文並將實務上在單一個案中提出「未得同意」亦為違反意願，此一超越我國現行法之規定是否合宜，一併加以檢討。

關鍵詞：性交易、性剝削、違反意願、兒少性剝削、性自主

壹、前 言

一、問題的提出

25歲早已成年的某甲看完「性紀錄片」後一時性起，拿起手機就打給紀錄片中的廣告電話要約性交易，業者於電話那頭問他，目前有位清純的17歲少女某乙，可以隨召隨到，雙方迅速達成合意並由業者送達約定地點交易。某甲在某乙依約到達旅館後，旋即開始為性行為，過程中某甲在某乙不知情的情形下，用自己的手機拍攝多張彼此性愛過程中的照片與影片。之後某甲透過老舊的電子郵件系統發送給好友觀賞及收藏時遭到檢舉為警查獲。試問，某甲是否有違反現行兒童及少年性剝削防制條例（以下簡稱「兒少性剝削條例」）第36條3項之「以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使兒童或少年被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品¹」規定？

二、問題意識

對於兒少性犯罪（此處的兒少泛指廣義的未成年，其他定義則請詳見本文貳、二）應如何定位與處罰是目前刑法學界與實務討論相當熱烈的議題，引發討論的原因不外乎因為社會上案件頻傳，似乎顯得現行法的約束還不夠²；再加上兒少性犯罪的被害人常需要社工人員的介入輔導，因為事後被害人的療癒比起應如何處罰行為人更加重

¹ 案例內容取材自最高法院109年台上字第624號刑事判決，全案已告確定（參考臺灣高等法院花蓮分院109年聲字第135號裁定）。

² 如炎亞綸拍攝持有少年私密片，參見<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202407030024.aspx>，2004年7月30日，造訪日期：2024年8月30日；黃子佼拍攝與持有未成年性影像，2024年4月7日，參見https://www.nownews.com/news/6399989?srsltid=AfmBOorIQ0GVKIjktYuewVETed5IEsg9p9uoraPiAGOX8WgiipJvzM_Lu，造訪日期：2024年8月30日；2024年5月17日，<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202405170044.aspx>，造訪日期：2024年8月30日，這更引發了2024年8月修正兒少性剝削條例第36條，增加了如「無故重製」並提高罰金刑下限等修法。有關此一部分修文修正之內容與評釋，尚非本文重點，未來將另外為文撰寫討論。

要。傳統以違反被害人性自主意願³態樣的性侵害，在普通刑法中第221條以下早有規定；至於不一定「違背被害人意願」的「性交易」（或「性剝削」，用語的檢視與選擇請參見本文參、一）類型，我國則在一九九五年八月因應催生了「兒童及少年性交易防制條例」（以下簡稱「兒少性交易條例」），該條例於二〇一五年二月四日更改頭換面修正更改名稱為「兒童及少年性剝削防制條例」，相關內容於二〇一七年一月一日正式施行。

本文以下將藉由前述案例，依序分為三個層次檢視現行的兒少性剝削條例第36條第3項之規範：首先討論的是先決問題：性交易是否應全面禁止？在相關禁止的原因經過理性思維之後，其正當性如何？第二個層次則是進一步討論兒少性交易是否應予禁止？其禁止是否有不同於全面禁止性交易的其他原因？最後則是切入與本文案例相關的兒少性剝削條例第36條第3項規定，尤其是就本文案例中最高法院提出對「其他違反意願」的特殊見解，加以評析。

貳、先決問題——兒少「性交易」禁止之正當性

一、性交易應全面禁止之正當性探討⁴

在現行法下，就刑法層面性交易並不是完全被禁止，例如刑法第231條的處罰就是要限定在一定條件的限制下方為處罰。因此要說性

³ 性自主的內涵與詮釋影響至關重大，這是國內學說與實務普遍支持的說法，認為性自主即妨害被害人意思形成與決定之自由；再精確一點地說即是使個人享有免於成為他人性客體的消極自由，而可依其意願，決定在何時與何人從事何種類與方式的性行為，僅參閱許澤天，刑法分則（下），第6版，2024年6月，頁335；黃惠婷，性刑法防制兒童及少年性侵害之修法研究，警大法學論集，第24期，2013年4月，頁107。

⁴ 相關理由的整理主要參考黃榮堅，性交易與刑法上妨害性自主概念關係之研究，載自由、責任與法——蘇俊雄教授七秩祝壽論文集，2005年8月，頁308以下；薛智仁，促成性交易罪及補強法則之適用範圍——評臺灣高等法院104年度上訴字第1553號判決，中原財經法學，第37期，2016年12月，頁115以下。

交易行為的本身被完全否定，應是在如社會秩序維護法第80條第1項第1款等「行政罰」的層次⁵，合先敘明。

有關性交易的定義，除了之前的兒少性交易條例第2條的法律定義之外，目前則是僅見於兒少性剝削條例第2條，其所稱性交易為「有對價之姦淫或猥褻行為」。這樣的定義看來清楚，不過存在的問題卻是文字上使用了刑法上在一九九九年前指涉高度侵害性自主性行為的「姦淫」行為，與侵害性自主程度較低的「猥褻」行為。對此，我們認為這大概只是概念文字上的借用而已，因為不論是姦淫，或是猥褻，甚至是性交，都只是一個規範上的文字使用而已，重點在最後使用時都要合體系地透過釋義的轉換。因此，在不同的法體系，甚至是相同的法體系中，使用相同文字，卻有不同的理解方式，也事屬正常⁶。使用與刑法的相同概念文字，也不代表就要層升至刑法處罰的層次。我國刑法第221條以下規範的侵害性自主犯罪型態，真正侵害性自主的表徵並非在於性交或猥褻的行為，而是更早之前施加不法腕力的強制手段或其他違反意願的方法。因此性交易的定義使用刑法在一九九九年前使用的姦淫一詞，如果要論及性交易的規範，不但文字使用不夠中性，對比現行刑法第10條第5項的性交定義，也顯然狹隘多了⁷。其他有關性交易與性剝削，乃至性行為名詞的區辨，則請參見本

⁵ 大法官釋字第666號對舊法不處罰支付對價的嫖客作出「與憲法第七條之平等原則有違，應自本解釋公布之日起至遲於二年屆滿時，失其效力」的解釋，該法於2011年11月修正為對「從事性交易者」雙方皆加以處罰。值得注意的是，在立法理由中並明白揭示未來將採取「適度開放，有效管理」之原則，呈現出早先全面禁止的態度作了極大的轉變。

⁶ 如刑法中的強暴、脅迫概念，多數學說與實務看法即認為在不同的法條廣狹範圍有不同理解，如陳子平，刑法各論（上），第4版，2019年9月，頁173-174；盧映潔，刑法分則新論，第20版，2024年9月，頁603-608、725-727。但也有對此採取功能性一致性理解的不同立場，如徐偉群，回歸「強制」概念——利用權勢猥褻性交罪的解釋與立法批判，台灣法律人，第20期，2023年2月，頁15。

⁷ 例如可另外「以獲取財產利益為目的之性行為來詮釋性交易」，文字上看來就可能較為妥適，參見考黃榮堅，前揭註4，頁307。

文參、一。

即便如此，性交易在實定法上，仍然是受到相當程度的限制，則是不爭的事實。以下我們就來重新驗證一下，這些提出應予限制的說法是否具有正當性。

(一)公序良俗下的全面禁止

社會秩序維護法於一九九一年重新制訂時，於第80條的立法理由中即明白接續禁止性交易的理由為「為維持善良風俗」、「保護國民健康」。而這樣的想法，也同樣在大法官釋字第666號中再度被提及。

在刑法檢驗上常碰到，以公益良俗為保護目的犯罪，這類以傳統道德為論證基礎的說法，即使我們先排除概念本身完全的模糊而不具標準的明確性問題，也不能避免這是以部分人士的價值觀，再用刑法的刑罰性加以包裝後，而強迫給多數人接受的一種偏執。儘管這仍是具有多數共識通過而制訂的立法條文，不過不清楚的道德表象，自然也很難弄清楚究竟是成立了那些共識。更重要的是，「在現代法治國刑法中並不足以作為加重處罰的正當性基礎，因為維護特定倫理道德觀不會（也不能夠）是刑法的任務，社會倫常、道德風紀等信念根本就不具現代刑法理論中的法益資格⁸。」因此即使性交易之人認為道德上值得非難，在刑法上也不應介入加以處罰⁹。

(二)影響國民健康

性交易會影響國民健康？這樣的觀點在前述大法官釋字第666號中已經加以認證，儘管這是針對社會秩序維護法第80條1項第1款所作

⁸ 僅參閱蔡聖偉，評《人罪章2019年修法》，《裁判時報》，第95期，2020年5月，頁46；許恒達，「善良風俗、國民健康與促成性交易的刑事責任——以釋字第666號解釋為反思契機」，《月旦法學雜誌》，第186期，2010年11月，頁31-32；張天一，「引誘媒介性交或猥褻罪之問題檢討——以性交易行為之可罰性為中心」，《軍法專刊》，第47卷第7期，2001年7月，頁35。

⁹ 王皇玉，「台灣對性交易行為的管制與處罰」，《台灣法學雜誌》，公法特刊，2010年8月，頁9。

出的解釋，並且對於性交易的限制與否態度已經表示是採取有條件合法化的見解¹⁰。

然而，這裡的命題仍然無可迴避的是，究竟是性交易的本身就會影響，或是可能引發傳染之性病會影響他人健康？這是需先釐清的問題。

本文認為，性交易會影響國民健康這個說法其實並不夠清楚，性行為的本身並無危險，真正危害健康的是性病¹¹；性交易中的性行為可能會傳染性病，而這可能會影響國民健康，有性病者的不健康性行為才是該被非難。而性行為只是性病傳染的方式之一，因此影響到國民健康的真正原因是性病才對。性行為的交易本身並不會影響到國民健康，甚至在一些特殊情形下，如身心障礙者的性需求，這是一種供應人基本需求的重要平衡能量，是一種正向的能量；而且性交易的本身如同其他類型的交易一般，純就交易行為的本身實無可責難之處。

因此，要以單純的性交易就會影響國民健康（嚴格來說是不特定人的生命、身體危險），並劃上連結的等號，將會得到很荒謬的結論，因為更多的實證也早就告訴我們，性行為其實是有益健康的¹²。從而，影響國民健康的原因有很多，但是以不區分原因的性行為衍化而生的性交易為對象加以禁止，恐怕也無法通過比例原則，乃至平等原則的檢討¹³。

(二) 影響正當男女關係

正當男女關係為禁止的原因，是學理上另外一個想得到的可能原因。很明顯的，這理由也是一個泛道德化思維模式下的產物。因為所

¹⁰ 林俊廷，釋字第666號解釋與性交易合法化問題之研析，警大法學，第20期，2011年4月，頁167以下。

¹¹ 許恒達，前揭註8，頁30意見相同。

¹² 許恒達，前揭註8。

¹³ 因此，最高法院106年台上字第292號判決對於「兒少」性交易之禁止以「所保護之法益，雖非無私人之性自主權，然毋寧多係基於國民健康之公共利益」為理由，也同樣不能證立。

謂男女關係不一定含有性行為，而「正當」究何所指更有問題，更何況性交易的禁止與正當男女關係的維持，兩者根本沒有正當關聯，因為即使禁止了性交易，男女關係不見得就會全然正當化了，更何況我們連何謂「正當化」都無法加以清楚說明。

(四)從事性交易者的人性尊嚴

以從事性交易者的人性尊嚴來尋求性行為禁止的正當性，建立在一個不論在臺灣或是德國都是相對化的概念。這裡應該反應出的是對於性交易者具備為人的本身應有之人格尊重，而一旦為了性交易，如此的人格就會受到貶損。這樣的道德要求的確是一個社會現象，但是或許可以說是一個經過包裝後的空虛或假設性的社會共識。更精確的說，這是因為人被商品化了，所以違反了我們對人的預設。而一旦人將己身成為商品之標的時，這時性交易者的人格就被降格了，因為可以在市場上以稱斤論兩方式評價。

這裡我們必須強調的是，選擇將人成為交易客體者，只是一個自身的自主決定，而這並未侵害到他人的利益，更甚者這是在社會上創造了利益，因為這是一種合意式的利益交換，也回應對於有需求的供應，而達到供需的一致。而這也不止出現在性的層次，我們也可以借助其他領域的例子來加以輔助，如在職業運動裡，球員本身就是運動商品，其身體（或是身體素質）就是最重要的商品，除非有特別約定球員有否決權，否則球員原則上不會拒絕被轉賣到他隊，而且轉賣的價格有時會優於之前在前隊的薪資，這時人成為交易客體卻成為被鼓勵的現象，而非成為被禁止的理由。

(五)從他人之處獲取利益

這是實務界所提出的限縮標準，試圖將刑法第231條「營利」的客觀構成要件具體化定性為自外部，也就是性交易的需求者¹⁴。其認為有獲利的管道，會促成性交易，而這會更鞏固性交易的進行。不

¹⁴ 如最高法院101年台上字第885號判決，或參考薛智仁，前揭註4，頁111-112。

過，這裡我們不清楚的是，如同前述，由於刑法第231條是對於性行為的管制，而不是對於性交易全然禁止的規定，否則立法者大可不必大費周章地還設定了引誘、容留，乃至營利等諸般要件的限制。從而，要以否定促成性交易的理由來論證性交易的禁止，值得再斟酌。

然而，真正的問題在於，要用刑法來處罰人民，應該是何人的利益受到了侵害。性交易如同一般的民事交易法律行為，雙方各取所需，因此從雙方當事人的角度，實在是沒有侵害到如何的利益。相反地，如果純從獲益的角度觀察，這反而應該是被鼓勵，而不是給予負面評價之處。至於獲利來源究竟是來自性交易行為的提供者，或者是需求者，都應不重要。

(六)小結：性交易應立於管制而非全面禁止

1. 先自比較法上的觀察——以德國法制為主

德國早在二〇〇二年即頒布「性交易法」（Prostitutionsgesetz），目的在於改善性工作者的法律地位，換言之，其承認性工者的合法地位¹⁵。與此同時，德國也修正其刑法第180條a與第181條a等，只有限於特定情形下的性剝削行為（Ausbeutung）才處罰。這對於德國法制而言，是一個重要的里程碑，因為一直以來德國對於性交易工作者也都是以違反性道德而加以處罰¹⁶，但是自此已轉向為保護性工作者的性自主權。換言之，性交易的處罰方式從以往對性交易者性自主權的干預，轉變為外部控制，這已然變成是一種商業活動，讓每位從事者都能自由不受干擾地從事的工作¹⁷。

因為性交易是個人自由意志下的自主決定，同時也是個人的性自主決定，性交易不再是一種偏差行為或違反善良風俗的行為¹⁸。除此

¹⁵ Gilbert Gornig著，陳汶津譯，從行政法及刑法觀點談德國性交易的實務問題，2016第七屆兩岸刑事法制暨財經法律國際學術研討會，2016年5月，頁48。

¹⁶ 許雅斐，法益保護與法制規範：德國性工作的除罪化歷程，台灣社會研究季刊，第121期，2022年4月，頁11。

¹⁷ 同前註，頁19。

¹⁸ Gilbert Gornig著，陳汶津譯，前揭註15，頁35。

之外，德國在二〇一六年通過，二〇一七年生效施行的「性工作者保護法」（Prostituierenschutzgesetz），其通過對於性工作者保護與行政管理¹⁹，更為對於性交易立於肯認性交易的立場。

除了前述的行政管制外，與本文有關的刑事法層面規制，若綜合觀察德國刑法第180條以下的規定，單就成年人的性交易限制者為第180條a，其第1項處罰以企業方式經營並讓性交易的實際從事者，成為有依賴性而慣性從事性交易²⁰。而處罰的原因其實是在保護從事性交易之人免於被剝削，因為實際從事性交易者如前所述，應該出於自由的意志決定，而非由外力主導下促成²¹。

第181條a第1項²²對維持長期合作關係為前提，或以監控方式，規定性交易的地點、時間、範圍，或有防止實際從事者放棄性交易等之行為²³。第184條f更規定若屢次違反於特定地點或時間從事性交易之禁止規定者，處六月以下的有期徒刑與一八〇日額單位之罰金²⁴。更可證實比較法上德國刑法對於性交易是採取原則肯定，例外限制的

¹⁹ 相關沿革，中文部分可以參考許雅斐，前揭註16，頁22-27。

²⁰ 德國刑法第180條a第1項：「以常業經營或主持使人從事性交易並維持其個人或經濟依賴性之事業者，處三年以下有期徒刑或罰金」，中文翻譯參考，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，第2版，2019年7月，頁315。

²¹ Gilbert Gornig著，陳汶津譯，前揭註15，頁51。此處的經濟上依賴，必須是性交易工作者被扣留收入或欠下經營者許多的債務，以致難以脫離；至於屬人的依賴可能是對於性交易工作者的生活作息，例如職務等級分配等。

²² 德國刑法第181條a第1項：「對他人實行下列行為之一，並與之維持非僅止於個案的關係者，處6月以上5年以下有期徒刑：1.剝削從事性交易或他人，或2.為財產利益而監控他人從事性交易，或規定性交易之地點、時間、範圍或其他情狀，或採取措施防止他人放棄性交易者」，中文翻譯參考，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，前揭註20，頁316。

²³ 於此的監視是指藉由工作時間、地點等對性交易工作者為實質上的掌控，而不是現實地看管，重點應在於上述限制超過了一般的僱傭契約關係下僱主對於受僱人的程度，Gilbert Gornig著，陳汶津譯，前揭註15，頁55。

²⁴ 德國刑法第184條f：「屢次違背透過法規命令對於特定場所或特定時間所發布之性交易禁令，處6月以下有期徒刑或180日額單位之罰金。」中文翻譯參考，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，前揭註20，頁330。

立場。

2. 性交易的本身不應給予對或錯的評價

本文的立場是，性交易其實仍屬於性自主決定權保障的一環，而應為刑法上加以尊重。如果我們要找可能的禁止理由，形式上探尋相關的可能的規範條文來看，從行政法的層面或許已有法律規範加以全面禁止規定²⁵，但在刑法規定而言，是僅能在特定的情形下所制訂的規範，也就是法律保留下，才可以侵害其性交易的自由²⁶，這也等於是宣示了性交易的正當性。而如果我們再檢視上述的一些可能的實質限制理由，也並不能得出限制性交易的正當性。更何況兒少性剝削條例目的在於未成年人在性方面的保護以及性剝削的防止，而性會不會氾濫與性自主權濫用間也完全沒有直接關係²⁷。因此，本文認為，性交易的本身是自由的，除非符合了其他限制理由的正當性，或者侵害到了其他的利益，才有進一步禁止或限制的問題²⁸。至於行政規制上要不要娼嫖併罰這一個問題²⁹，目前我國社會秩序維護法已經配合大法官釋字第666號的警示而加以修正條文，修改成在性交易區域外進行性交易者皆處罰³⁰，早已不再單只處罰性交易工作者，併予說明。

其次，從性產業在人類歷史文化中之演進觀察，性產業早就是一直存在的社會事實而無法禁絕；若從自由女性主義與基進女性主義的相關立場，也都是以提升女性社會地位，以及使其享有應有保障為最

²⁵ 這部分的討論可以參考蔡宗珍，性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討，律師雜誌，第228期，1998年9月，頁68以下，有深入的討論。

²⁶ 同前註，頁75-76；薛智仁，前揭註4，頁114。

²⁷ 李茂生，論性道德的刑法規制，載台灣法學新課題（一），2003年9月，頁313、317。

²⁸ 例如基於保護兒少之目的，不宜使性交易活動擴散至一般社區及學校等兒少易於接觸之場所，參閱林俊廷，前揭註10，頁168。

²⁹ 參考蔡宗珍，前揭註25，頁71-72；林俊廷，前揭註10，頁158以下的討論。

³⁰ 社會秩序維護法第80條：「有下列各款行為之一者，處新臺幣三萬元以下罰鍰：（第一款）從事性交易。但符合第九十一條之一第一項至第三項之自治條例規定者，不適用之。（第二款）在公共場所或公眾得出入之場所，意圖與人性交易而拉客。」

終考量³¹。綜上，性交易應立於管制而非禁絕，以監督與杜絕犯罪行為之介入。本文認為這才是現今對於性交易應有的正確態度。

至於針對未成年人的性交易或性行為之限制，方向上雖然無有不同，但針對兒少的保護卻是不容忽視，而有更多的考量存在，本文以下也就此再加以深入詳論。

二、兒少性交易應予禁止之正當性

討論兒少性交易禁止的命題時，需要建立在幾個前提上：一是由於本文認為基於性自主不必全面禁止性交易，所以若要對兒少性交易加以禁止勢必要有別於上述的理由存在。學理上多半是以保護未成年人的共識³²，本文在此將繼續討論各種不同說法。

二是為了討論上的方便，這裡的兒少範圍，成年以上當然不在討論範圍，成年以下的年齡上限，本文就以兒童及少年福利與權益保障法第2條所規定：「本法所稱兒童及少年，指未滿18歲之人；所稱兒童，指未滿12歲之人；所稱少年，指12歲以上未滿18歲之人。」也就是，本文討論範圍為未滿18歲之人為性交易的正當性。

三是限縮討論範圍為，我國刑事法層面對於兒少性行為之禁止可謂相當徹底，不但刑法第227條與兒少性交性行為（含性交與猥褻）罪對於未滿16歲人之性行為加以禁止，刑法第233條也禁止部分型態的性交易行為；無獨有偶，兒少性剝削條例的相關規範相較刑法可謂更為徹底，因此以下的討論理由也從相關範圍加以尋找。當然，若以單純的社會善良性風俗來詮釋³³，由本文上述一、(一)中的看法，當然不能成立處罰兒少性交易或性行為的理由，以下也不再贅述此類看法。

³¹ 林志潔、莊宇真，性交易管制，載性別正義的刑法觀點，2015年4月，頁164、169、179。

³² 如蔡蕙芳，故意犯罪(三)——客觀處罰條件，台灣本土法學雜誌，第76期，2005年11月，頁166。

³³ 許恒達，兒童及少年性剝削防制條例刑事責任之評析，月旦刑事法評論，第1期，2016年6月，頁58基於同情的憐憫式依現行法的解釋。

最後，雖然以下討論的是禁止兒少性行為的正當化事由，當然就包含了性交易的禁止，因為這裡的判斷方向是一致的；而如果對於兒少性行為得出否定結論，自然也會得出禁止兒少性交易的結果。因此，相關討論兒少性行為與性交易禁止的理由，都納入在此加以討論。

(一)兒少身心的負面影響或未來發展可能性

這裡的前提主要是以性行為的角度為討論方向，再延伸到性交易的禁止。我國兒少性剝削條例第2條也宣示以「兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展」，為禁止兒少性交易的原因。立法者在刑法中設下處罰兒少性行為規定，是設定一個假設，認為未成年人的人格尚未定型，故在自小形成人格的發展過程中，若有性行為甚至是性交易，可能會對未來有不當的影響³⁴。也就是保護在其發展為成人的過程中，不受到身體、生理與心理上的傷害。而傷害源自於性行為，這會對其未來成長的繼續發展存有不利的威脅；而且不容忽視的是，根據相關的實證調查，可以確定對多數的被害人會有不利的影響，縱使被害人一開始表現出沒有問題，但一段時間後常出現負面的反應³⁵。

從德國法制的發展觀察，保護兒少免於負面影響，也是德國早期學說的通行見解，認為若過早接觸性的他人意志，將會造成性方面的發展干擾³⁶；之後在德國法上更接受了進一步的實證經驗，傾向要保

³⁴ 黃榮堅，前揭註4，頁319。受到德國法的影響，這似乎也已經是國內普通援用的說法了，如許澤天，前揭註3，頁357；盧映潔、李鳳翔，刑法概要——刑法分則，第4版，2023年8月，頁83；陳重言，兒少色情物品的刑法規範——以虛擬角色及持有行為為核心，法官協會雜誌，第16卷，2014年12月，頁195-196；實務上也有以「所保護之法益為幼年人之自我身心健全成長權利」相應者，如最高法院101年台上字第2154號判決。

³⁵ 黃惠婷，前揭註3，頁111。其更進一步主張將刑法第16章更名為「妨害性自主權與性發展」。

³⁶ 僅參閱Thomas Fischer, StGB, 71. Aufl., 2024, § 176 Rn. 2.

護的是孩童完整的「整體發展」，亦即防止孩童的整體發展受到過早的性經驗所影響³⁷。簡單地說，就是幼童的身心未臻成熟，對於任何事物都是單向地接收，經常無法做出保護自己的正確判斷，所以國家有義務排除這類的可能干擾³⁸。

(二)兒少的身體健康

我國學說與實務是自一九九九年刑法修正第227條規範後，提出以「兒少的身體健康」為本罪的處罰基礎。這是一種傳統對於身體健康與意思能力的假設，也是在一九九九年修正之現行法後學理的主流看法³⁹。從上述禁止未成年人為性行為的詮釋理由，可以觀察出已然跳脫出傳統性犯罪違反善良風俗的解釋。

精確地說，一般認為對於14歲以下禁止為性交行為在保障其幼童的身體健康，因為行為人抵抗能力柔弱，身心狀況不如一般人，遭摧殘後復健更加困難⁴⁰。14歲到16歲者則是保護其不成熟的身心狀態，重點在於無承諾的能力，特別予以立法保護⁴¹。

³⁷ 如Tatjana Hörnle, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2010, § 176 Rn. 2; Jürgen Wolters, in: SK-StGB, 9. Aufl., 2017, Vor § 174 Rn. 2.

³⁸ 盧映潔，「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，月旦法學雜誌，第186期，2010年11月，頁166；黃惠婷，前揭註3，頁116-120。

³⁹ 這時兒少是否具有性自主就不是重點了，因為不論是否肯認兒少具有性自主者，都不反對這裡的兒少同意與否並不影響行為人的應罰性，如盧映潔，同前註，頁165；李佳玟，違反罪刑法定的正義，台灣法學雜誌，第160期，2010年9月，頁1。

⁴⁰ 林山田，刑法各罪論（上），第5版，2005年9月，頁246。最高法院85年上訴字第5041號判決：「年齡過幼發育未臻完全，其思慮有欠成熟。」

⁴¹ 林東茂，評刑法「妨害性自主罪」的修正，載一個知識論上的刑法學思考，第3版，2007年10月，頁179以下；林山田，同前註，頁248。至於刑法第227條區分14歲以下與14歲以上未滿16歲究竟有必要，是另一個問題，可以參考蔡聖偉，論排他互斥的構成要件，東吳法律學報，第21卷第4期，2010年4月，頁93的討論。

(三)兒少性自主的虛擬化（侵害）

所謂兒少性自主的擬制，大概也可以從上述提及的刑法第227條第3項的立法理由中得出⁴²。由於未滿16歲的幼年男女雖然仍具有一定程度的自主，只是依照年齡之所限，對於性行為缺乏判斷能力，因此行為人係利用缺乏性判斷力的幼年男女，或利用尚為瑕疪性意思決定之幼年男女，而侵害其虛擬「性自由」⁴³。

三、本文觀點：應予禁止兒少性行為而非性交易

本文所提及上述的幾個理由不約而同都是針對兒少的性行為禁止而為論據，而這基於兒少性行為禁止的立場出發之論據，是否就能當作禁止兒少性交易的理由，我們認為恐怕並不能全然劃上等號。易言之，兒少性行為與兒少性交易是否應予禁止是兩個可以個別分開討論的命題，兩者應有不同的論述基礎才是。

(一)兒少性交易不應受到禁止

對於兒少性交易的禁止，以下的論點相當值得參考：這是一種在法律上對於性工作者的不當歧視，也是一種與對多元文化容忍的價值觀矛盾，而已經成為一種自泛道德化的角度來做出法律上的價值判斷。因為對於未成年人而言，性交易的好壞，以及要不要從事性交易，只有讓他自己決定，這才是真正屬於自己的人格⁴⁴。從多次與從事性交易的少女接觸輔導的經驗觀察，兒少性交易的次文化早在我們彼此的身旁萌芽而且逐漸壯大了。

本文認為，交易的本身就是一種基於機會成本下的利益衡量，最後所做出的選擇。單就交易而言，並無是非對錯的問題，而只有投資報酬率的正負結果評價。對於其中存在著利益之交換，自然不應加以

⁴² 如最高法院106年台上字第2843號判決，也有言明者，如甘添貴，刑法各論（下），第4版，2015年5月，頁270。

⁴³ 陳子平，前揭註6，頁285。

⁴⁴ 黃榮堅，前揭註4，頁321-323。

限制，因為這裡的責任理應由做出選擇的人買單。因此，如果將對兒少性行為的禁止加諸在對於兒少性交易之上，適足以忽略了性交易的討論，是一種概念上的錯置。

至於大法官釋字第623號中區分性交易為合法與非法，並且認為限制非法性交易具有合憲性，更據此認為「行為人所傳布之訊息如非以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不屬該條規定規範之範圍。」本文認為，是將禁止兒少為性行為或是性交易未加以區隔而混為一談而一律予以禁絕，併予敘明。

(二)兒少性行為予以禁止才是根本

我們可以逐一檢視兒少性行為的禁止原因。首先，這裡以保護兒少的身體健康為由，而且從14歲一路擬制上去。問題是，從身體健康切入本身就饒富趣味，因為所謂的兒少性行為侵害兒少如何的健康？我們即使將性交行為逐一想像套用在5歲小孩身上，真正可能造成危害者，也大概只有性器或以身體以外的其他物品進入性器，或使之接合的行為；不過這樣本質上就已經是一種身體完整性之侵害而成立刑法上之傷害罪。於此只是在兒少領域的重覆規定罷了。再將年齡層往上提高，以現行兒少的發育程度，11、12歲的青少年若有性行為也很難再說是有身體健康的傷害。歸結到底，不過就是對於兒少所設定之身體的純潔性圖騰受到玷污。因此要以如此不具實證基礎的理由來支撐，顯然不足。

接下來則是針對兒少性行為之禁止係於對其「性自主侵害的擬制」⁴⁵。的確，從刑法罪章之章名而論，禁止的原因是在於性自主的保護，這樣的詮釋方式誠可理解。不過若以章名來當作各罪保護法益

⁴⁵ 其實性自主不僅只有在兒少層次的擬制問題，還有侵害強度的考量；例如對於騷擾行為的處罰，也是一種對於個人性自主權的侵害，只是侵害程度上的「薄弱」而已，相關討論可以參考林信銘，暴露與觸摸性騷擾刑事責任之探究——以德國刑法的性騷擾規範為借鑑，高大法學論叢，第14卷第1期，2018年9月，頁352、356、358等。

的直接論據，應只是個別罪名方向的指標而已，已是討論刑法保護目的上的共識⁴⁶。再者，這裡的擬制有一些根本上的問題，我們可以引述學理中對此之批評：「立法者藉此規定替幼童說不。然而若是要代為拒絕，為什麼還要把被害人的年齡區分成兩個群組分別規範？如果不是考慮到對幼童的影響輕重不同，很難單從擬制侵害的角度解釋現行法的區分。更重要的是，『未滿14歲』的範圍相當大，同時包含了13歲的國中生與襁褓中的嬰兒。依照學說及實務的看法，即便是完全不解性行為意義的嬰兒，亦屬本罪的適格客體，但對未滿1歲的嬰兒來說，並無性自主意思，自然也就不可能（實際或擬制）侵害到這方面的自由⁴⁷。」再者，這裡的擬制也有一些邏輯上的矛盾：如果越不懂事的14歲以下階段，是不是意思決定上所受到的侵害程度反而會越低，而15歲者性自主意識成熟得多，侵害反而會更重才是？

準此，本文認為兒少人格形成的確有優先保障之必要，以保護兒少整體發展可能性為禁止兒少性行為的理由，既有實證上的累積論證基礎，在現實生活中亦屬可行，實值贊同。即使此概念可能略顯模糊⁴⁸，不過模糊與否本就是量上思考的問題，至少我們也都不能否認，從年少到年長，知識或常識的學習，都是先仿效再揉合，才有可能有進一步的創新。因此，我們當然不能抹滅過早的性行為在兒少的成長歷程中會占有分量；兒少未發育完成前，我們自然要基於保護的前提，排除一些所謂的干擾，而性行為就是大家有共識的部分。綜上所述，本文認為兒少性交易之禁止有其正當性，只是禁止的原因應在於兒少性行為之否定，而非兒少性交易之否定上。

值得關注的是，我國實務上更在最高法院99年第7次刑事庭決議

⁴⁶ 例如林琬珊，跟蹤騷擾防制法評析——過與不及的矛盾衝突，台灣法律人，第11期，2022年5月，頁151；廖宜寧，由行為不法角度建構跟蹤騷擾罪之刑罰正當性，興大法學，第32期，2022年11月，頁125。

⁴⁷ 蔡聖偉，台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，2016年12月，頁16。

⁴⁸ Wolters/Horn, in: SK-StGB, § 176, Rn. 2.中提出的質疑。

中就與兒少為合意之性交行為者另提出以7歲為分野之見解，認為7歲以下的兒少並無合理之行為能力，刑法上認為無意思能力而無從同意，故成立刑法第222條第1項第2款之「加重強制性交罪」；但7歲以上未滿14歲的兒少則回歸成第277條之一般情形加以看待⁴⁹。

參、兒少性剝削條例第36條第3項之規範檢視

兒少性剝削條例係自「兒少性交易條例」更名為而來，這是經過一定時間的法制與社會演變所致。然而推手之一為大法官釋字第623號理由書中，明確引用聯合國兒童權利公約第34條：「兒童及少年之心智發展未臻成熟，與其為性交易行為，係對兒童及少年之性剝削。性剝削之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。」而聯合國兒童權利公約自一九八九年通過至今，為最多國家簽署的聯合國公約，也是各國政府遵循的標準。因此，此一遵循潮流的立法即應運而生。

傳統的兒少性交易條例定義性交易為「有對價之性交或猥褻行為。」然而在其法條中處罰型態卻不限於此。因此之後在新制訂的兒少性剝削條例中進一步大幅度擴張為「性剝削」，而將前述性交易的定義納為其中一環，也是一種整合後使其名實相符的修正。各界對此一立法變遷多持肯定。如有認為如此將不再受性交易概念下的自願性影響，希望透過法規正名，將兒童及少年皆視為應保障維護之權利主體⁵⁰。也有認為舊法將利用兒少賣淫定義為兒少性交易，不僅不符合

⁴⁹ 此一決議引發極大爭議，有認為不能論以未滿14歲之男女為性交罪，並不等於就可以成立強制性交罪，參閱許澤天，前揭註3，頁347；是否有刻意忽視罪刑法定原則之虞也是值得討論之處，因為這是一種不利於行為人的類推適用，參閱蔡聖偉，論「對幼童性交罪」與「強制性交罪」的關係——評最高法院99年第7次刑事庭決議，裁判時報，第8期，2011年4月，頁65。

⁵⁰ 參閱施慧玲，論我國兒童少年性剝削防治立法，中正大學法學集刊，第2卷，1999年7月，頁57；張麗卿，兒少性剝削與組織犯罪，月旦法學雜誌，第271期，2017年12月，頁62。

聯合國兒童權利公約第34條揭示應該保護未滿18歲之人避免受到任何型態的性剝削和性迫害之精神，且因為有事前談價、事後付款，你情我願之涵義，完全忽略兒少與成年人在年齡身分、經濟條件及社會地位等各方面之權力不平等關係，以致兒少被污名化的結果，認有必要將「兒少性交易」正名為「兒少性剝削」⁵¹。

回到本文設定的案例情形：25歲的某甲與17歲的某乙為性交易，某甲並在性行為的過程中偷拍某乙的性愛照片與錄影。案例中性交易的部分涉及了兒少性剝削條例第31條第2項的「18歲以上之人與16歲以上未滿18歲之人為有對價之性交或猥褻行為」，偷攝影的行為則涉及第36條第3項的「以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使兒童或少年被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品。」除此之外，案例事實其實還涉及例如同法第36條第1項成立可能性的討論。不過為了集中焦點，本文以下就聚焦在該案件當初最高法院主要討論的涵攝條文——第36條第3項上，其他則不在本文討論之列。

一、用語上之斟酌——不區分情形的「性剝削」

二〇一五年原兒少性交易條例更名為兒少性剝削條例，除了將法律名稱自「性交易」改為「性剝削」外，也在第2條中對何謂「性剝削」行為作出了立法解釋：「使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為」、「利用兒童或少年為性交、猥褻之行為，以供人觀覽」、「拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品」、「使兒童或少年坐檯陪酒或涉及色情之伴遊、伴唱、伴舞等行為」。

不知是否為了要填補如此大的一部特別專法，立法者想盡辦法把跟性行為可能有關者全部列入性剝削的定義中，企圖一網打盡。學理上也試圖為其解套，解釋本罪規範類型從與性交易「直接」或與「間

⁵¹ 李麗芬，論「兒少性交易」為何應正名為「兒少性剝削」，社區發展季刊，第139期，2012年9月，頁285-286。

接」關係，跟第三大類與性交易「全無關聯」者⁵²，都有包括。但如此強加拼湊出的大部頭法律，首先產生的問題就是，不區分性交易與性剝削的實質意涵容有區別，並且極度擴大性剝削的意涵。本文無意否定「兒少性交易條例」將利用兒少賣淫定義為兒少性交易，不僅不符合上述聯合國兒童公約精神，且因為有事前談價、事後付款，你情我願之涵義，完全忽略兒少與成年人在年齡身分、經濟條件及社會地位等各方面之權力不平等關係，以致兒少被污名化及被害人輕判化的結果⁵³。然而，名正才能言順，因而本文亦肯認兒少性剝削條例的更名。但在文字的使用上，乃至整部法典處處呈現格格不入之情形，不是可以被輕易忽視。

本文認為，「性行為」、「性交易」與「性剝削」三者在概念上是有一些界分。性行為毋寧是最狹義；至於性交易與性剝削，以現行兒少性剝削條例觀之，立法者顯然是要將性剝削當作是抽象的上位概念，再具體分出部分行為態樣是性交易。如此的法定義確實是解決的方式之一，而且是相當明確的立法指示。然而，性剝削與性交易在文義概念的理解上其實容有差異的存在，在語意理解上性剝削應是針對被害人強調其高權或強勢地位的性關聯行為，其脫離了單純的性交易則是強調平等性，具有對價的性行為，兩者在「性交易」的行為態樣中或有交集，但性剝削甚至在語意中的範圍更狹隘。因此，我們並不贊同將性剝削直接取代性交易，就在文字上取得了正當性，尤其是性交易更名為性剝削還被視為是此部法典的重要里程碑。未來修法上，建議可以參考德國刑法第180條以下，將兩者的定義朝此做某一定程度上的分離⁵⁴。

至於兒少性交易的規制，在德國與法國都不似我國，係以另立特

⁵² 許恒達，前揭註33，頁51-52。

⁵³ 李麗芬，前揭註51，頁285。

⁵⁴ 不過如同林信銘，前揭註45，頁384相同建議，這不是原封不動將德國條文移植，而是給予未來修法的參考方向。

別法典方式以為規範。不過是不是以特別法包套規範就比較合宜，本來就是一個沒有正確答案的說法，不一定有一個完整法典就會衍生「特別刑法肥大症⁵⁵」，在各體系中加以個別規範也不見得就會產生不能配合的情形。例如比較法上法國法也是散見在刑法等相關領域中各別加以規範⁵⁶；德國法則是明白將性交易與性剝削的情況分開規定，例如第180條規範了「促使未成年人為性行為之罪」（Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger）與在180條a「性剝削行為」（Ausbeutung von Prostituierten）的第2項就規範了未成年人的性剝削處罰⁵⁷。重點應在於規範的完整性與合宜性；本文也必須說明，德國與法國的規定是借鏡，不是參考的唯一指標。目前的立法方式是一個合宜的選項，但卻不是一個最佳的選擇而已，併予敘明。

二、文字上之斟酌——主被動文字併存

兒少性剝削條例也存在許多文字上略嫌粗糙之處，例如與本文案例有關的兒少性剝削條例第36條第1項拍攝與第3項的被拍攝同時併存。刑法對行為規範方式有作為跟不作為，但如果以相同方法在描述同一種情狀，即拍攝行為未有前違反意願行為，係以拍攝「作為」的方式規範，但若以有違反意願行為前提時，則是以被拍攝之「不作為」方式的文字規定，從而此一規定相較之下實難理解為何有如此文字規範上的不一致之處。對此，或許可以參考德國刑法第177條以下的性行為犯罪，規範使用文字規定多元，如以「促使」，或「忍受」等文字，可以不用拘泥於生硬的主被動關係，來重新加以建構，不失為是值得參考的標準。

⁵⁵ 這裡只是拿來譬喻特別法的肥大，而不是真正有核心法典與其他併行體系的問題，參閱林山田，刑法總論（上），第10版，2008年1月，頁49。

⁵⁶ 參見林士欽，兒童及少年保護法律體系導讀，載兒少法規，2020年2月，頁5-6。

⁵⁷ 參閱Jörg Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, § 180a Rn. 12 f.

三、刑法第221條「違反他人意願」認定標準的引入

(一) 概括條款規定的適用前提

首先要注意的是，由於這裡的規範方式類同於刑法第221條以下規定，都有「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術」之前導例示規定，與「其他違反本人意願之方法」的概括條款，再加上同屬性犯罪的相類屬性。因此，是有備用其推理之空間。從規範的文字與法學方法上，前者的例示規定優先判斷，如果有例示情形成立時，自然無庸再判斷概括條款⁵⁸。

(二) 從性自主侵害延伸的多元認定標準——以國內學說為基準

兒少性剝削條例第36條第3項中有一個很重要的特色，就是使用了在刑法中的性自主侵害的重要表徵：「違反被害人意願要素」的規定。也因此，我們也可以將在刑法規定中的認定在此加以援用。由於學界對此的判斷標準相當分歧，以下就列舉學說上常見的判斷標準如下：

1. 體系解釋的說法（高度強制手段說）

此說認為在判斷行為人的行為是否該當此一概括規定，必須結合強暴、脅迫等列舉的強制行為而為判斷，不可單獨就「其他違反其意願之方法」，而做文義解釋，誤認凡是以迫使被害人違反其意願的方法均屬其他違反其意願的方法⁵⁹。其中的重要判斷標準應在於例示的不法腕力行使，一定強度壓迫到行為人的性自主意思，且該行為是經由外在的形式而為之。至於強制力至少須已經顯示被害人受到某種程度物理或心理的強制而喪失或不易對自己之性自由表達同意之程度⁶⁰。

⁵⁸ 林山田，前揭註40，頁225；許澤天，前揭註3，頁341、344；蔡聖偉，論強制性交罪違反意願的方法，中研院法學期刊，第18期，2016年3月，頁47；許恒達，刑法裁判精選——評強制性交罪基礎犯行解釋的實務近況，月旦法學雜誌，第321期，2022年2月，頁139-140。

⁵⁹ 參閱林山田，前揭註40，頁226。

⁶⁰ 陳子平，前揭註6，頁226；甘添貴，前揭註42，頁237；惲純良，以靈異災厄之說誘騙性交是否屬於「其他違反意願之方法」？——評最高法院104年度台

2. 被害人非心甘情願者

有主張違反他人意願的文字規定正是凸顯被害人自主意願，故不須再特別附加限制立場者，只要依日常語言使用習慣來理解，被害人非心甘情願即可該當⁶¹。一般平常之人皆可能基於各種不同因素而心不甘情不願地做成任何決定，如此即屬違反他人意願情形，或是只要壓制了對方的意志，不顧對方意志選擇的方式均屬之⁶²。我國實務見解一般係以最高法院97年度第5次刑事庭決議其文字「則修正後所稱其他『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，不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，始符立法本旨。」為依歸。然而此一決議的產生原本在於解決紛爭，不過由於無法提供清楚的定義上理解，反而橫生出定位與判準學說上的爭議⁶³，並引發解釋上的困難，即使如此，由於決議中仍明確表達對於強制手段給予排除的結論，因此本文將其歸類於此。

3. 未獲被害人有效之同意者

此一見解只要沒有得到被害人有效之同意者，即可解釋為違反其意願⁶⁴，其強調性行為的進行必須先得到受性邀約對象的積極同意。若行為人在與對方性交之前，對方沒有明確以言語或是積極行動表達希望參與性行為的渴望（Yes means Yes, Ja heißt Ja），只是沉默或是

上字第2902號刑事判決，裁判時報，第51期，2016年9月，頁54。

61 參閱許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？，台灣本土法學雜誌，第42期，2003年1月，頁18以下；盧映潔，強制性交罪與乘機性交罪之區別，月旦法學教室，第20期，2004年6月，頁17。

62 許玉秀，重新學習性自主——勇敢面對問題，月旦法學雜誌，第200期，2012年1月，頁313。

63 參見蔡聖偉，前揭註58，頁68；蔡聖偉，最高法院關於性強制罪違反意願要素的解釋趨向，月旦法學雜誌，第276期，2018年5月，頁10認為此一決議並未提出任何判準。

64 林志潔、金孟華，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，2010年7月，頁146。

默認，那麼該性行為就會構成性侵害。此一說法強調性行為參與者明確表達參與意願的重要，而只有被害人明確表示應允時才能算沒有違反意願。至於同意應該怎樣給出才有效，是否需要就性行為進行方式（如是否使用保險套等）進行協商之後才算，學理上還進一步發展出其他下位類型的個別差異的看法⁶⁵。

學說上另討論行為人若實施與現實相反之「詐術」而誘使被害人同意時，是否仍為「違反他人意願」？學理上早有提出，認為雖然被害人之同意具有瑕疵，但因不具強制性質，仍非為違反被害人意願之否定見解⁶⁶，以及被害人的同意因重大瑕疵而無效之肯定見解⁶⁷。進一步有據此衍生出區別說的看法，亦即詳予區分以行為人詐術而發生的被害人法益關係錯誤（rechtsbezogener Irrtum）⁶⁸，或只是被害人處分自己法益的作成動機的動機錯誤（Motivirrtum）者而作不同看待⁶⁹。

依詐術所誘騙的內容為何而定，如果詐術誘騙被害人，使得被害人誤以為自己法益未受侵害，但事實上行為人已因被害人處分法益的客觀行為而實現侵害效果，此即因行為人詐術而發生的被害人法益關係錯誤，被害人同意即可認定有嚴重瑕疵而無效，但若詐術所誘騙事項，僅止為被害人處分自己法益的作成動機，此時被害人只是誤會處分法益的理由，但對於自己將處分而損失法益有明確認知，如此動機

⁶⁵ 請參閱李佳玟，說是才算同意（Only Yes Means Yes）——增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議，臺北大學法學論叢，第103期，2017年9月，頁64的分析。

⁶⁶ 如甘添貴，前揭註42，頁237。

⁶⁷ 如王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心，國立臺灣大學法學論叢，第42卷第2期，2013年6月，頁422-423。

⁶⁸ 如對於法益侵害的種類、方式、範圍或風險有正確且完整的認知，參閱蔡聖偉，施行詐術促成性交決意是否亦屬違反意願？——評最高法院102年度台上字第248號刑事判決，載刑法判解評析，2019年9月，頁156。我國最高法院112年台上字第1987號也採用了相同的用語與標準。

⁶⁹ 參閱蔡聖偉，前揭註58，頁75-78；謝煜偉，浪漫陷阱——性自主之法益關係錯誤，新學林法學，第2期，2024年4月，頁209的介紹。

錯誤仍然不能排除其同意的有效性。至於原因在於，當行為人施行詐術而引發法益關係錯誤時，被害人根本不知道自己正在處分法益，此時正是行為人本於優越認知而操縱被害人判斷，使其非自主地處分法益，故應認定同意無效。相反地，如果只是動機錯誤，這表示被害人對於法益將因處分而放棄其保護效果一事具有清楚認知，即使有錯誤，這也是未能取得處分後預期效用的其他問題，其保護應該透過其他機制，而不是透過刑法功能予以貫徹⁷⁰。然而，由於其區別標準相當具象而具可驗證性而已然超越個案式的解釋，並且廣為學理與部分實務見解⁷¹所接受⁷²。

4. 低度強制手段說

採取低度強制手段的說法者以為自一九九九年修法之後，法規範非以被害人未盡反抗而免除行為人的責任，但也不能認為是全然放棄強制手段的必要，而是只要達到「低度強制」即可，因此應有類似的優越支配地位才行，即使是低度的強制行為亦可符合，而不必至不

⁷⁰ 許恒達，變質的友情：侵入住居與妨害性自主之個案檢討，月旦法學教室，第166期，2016年8月，頁25-26。至於若以人力所能支配的事實為之則屬恐嚇的手段；而以超自然、現在科技無法驗證事項為之者則屬違反他人意願的概括條款，此為針對舉宗教大纛而為犯罪的個案問題詮釋，參閱惲純良，前揭註60，頁56。此為我國實務上已行之有年的作法，相關批評可以參閱蔡聖偉，前揭註68，頁156的評釋。

⁷¹ 或有舉最高法院98年台上字第3312號判決以印證，就判決事實「上訴人診療台不方便操作為由，帶A女進入房間，於為A女進行全身推拿之際，竟基於性交之犯意，佯以治療婦科為由，先以刺激性慾之威而柔藥物塗抹於A女之性器，繼而以舌頭及手指分別舔及撫摸A女之性器，經A女發覺詢問，乃佯稱係為助其放鬆，致使A女誤認係進行療程，未能加以抗拒，旋利用該等機會接續二次，以其陰莖強行插入A女陰道，為性交之行為」判決中討論者為我國刑法第228條的適用，兼及對第221條的區分。

⁷² 本文原本將此一意見列為獨立之標準，理由為「動機的錯誤與法益相關之錯誤雖出自以詐術為之的討論，但卻不應以此為限，此一見解仍有其釋義學上的區分及釐清功能，因此本文將其提出認為是判斷是否違反他人意願之一般性判準。」經審稿人提示，此種說法其實是針對錯誤問題提出同意有效性的判準而已，因此予以修正改列於此。

能抗拒或難以抗拒⁷³。

5. 利用被害人無助情境說

有認為概括條款的類似性必須侷限在行為人仍有與強暴脅迫類似強制狀態，而這才較為符合立法者在強暴、脅迫外，擴張保護已有現實反對意願的被害人意旨。因此，應可認為與強暴或脅迫外的利用被害人的無助情狀（Ausnutzen einer schutzlosen Lage），方屬「違反他人意願」。進一步論之，本罪已脫離雙行為犯的結構，當被害人已陷入行為人的宰制，無法透過己力或他人協助逃脫，業已喪失或減少面對行為人性侵的可能性，而使行為人不須透過強暴或脅迫即可違反其意願實施性行為。至於無助情狀是否出於外在或自身緣故，是否純從客觀角度觀察，則是另一個問題⁷⁴。

依此不必以行為人施強暴、脅迫、恐嚇、催眠術為必要，只要行為人製造一個使被害人處於無助而且難以反抗或難以逃脫的狀即為符合⁷⁵。這時行為人因為先行製造了使被害人無助或難以逃脫的外在不自由環境，而具備了「優越支配」，於此並不強調被害人當時的意願有無被違反⁷⁶。

6. 利用既存強制狀態說⁷⁷

此說認為，概括條款係指行為人利用被害人所處的既存（物理或心理）強制狀態來遂行性侵目的。此說亦擺脫傳統強制性交罪是複行

⁷³ 李聖傑，妨害性自主：第三講——類型闡述，月旦法學教室，第23期，2004年9月，頁103-104。

⁷⁴ 許澤天，前揭註3，頁344-345。

⁷⁵ 許澤天，面臨合法惡害威脅下的性自主，台灣法學雜誌，第181期，2011年8月，頁124；許澤天，前揭註3，頁344-345；許恒達，乘機襲胸案刑責再考——評台灣高等法院台中分院102年度侵上訴字第47號判決，台灣法學雜誌，第233期，2013年10月，頁158。最高法院亦有判決曾提及類似觀點，如最高法院100年台上字第4578號刑事判決。

⁷⁶ 王皇玉，前揭註67，頁399-401。本文作者標明是低度強制手段即可，文中明確說明是以「使被害人無助並利用之」，故本文將其歸類於此。

⁷⁷ 參閱蔡聖偉，前揭註58，頁85以下。

為犯的性質，而將違反他人意願的概括條款理解成行為人「利用既存的強制狀態」來遂行性交目的。首先，在強制程度上仍必須和前導例示概念的強制效果（在物理上或心理上剝奪選擇可能性）相當。其次在具體的類型上，可以是利用既存的「心理強制狀態」，也就是讓被害人心理上擔憂自己生命或身體上的安全；像是身處在一個充斥暴力氛圍（Klima der Gewalt）的環境中，擔心反抗會招致對方的暴力攻擊。只要能夠證明弱勢的一方係處於心理上的強制，亦即其確實是因為擔憂自己的生命或身體安全而選擇忍受性交即可。不過要注意的是，基於法安定性以及構成要件明確性的要求，此說亦主張不能讓成罪與否全然取決於被害人單方面的主張，故於此同樣必須要有具體的客觀事實根據來支持、佐證。

概括條款所掌握的強制類型，不限於心理層面，亦包括「物理上的強制狀態」，係指被害人在物理上已無法抵抗（客觀上失去選擇自由），但仍能清楚表意，並且也表示反對的情形，這也是與德國立法及通說的最大不同處。在這種情形，強制狀態即使透過無關的第三人所造成行為人也能構成，因為無論最後實行性交行為的人是否為原本實施強制行為的那個人，對於被害人所造成的痛苦和侵害都一樣。由於在物理上已無法動彈，自然更加沒有自主決定可言（客觀上失去選擇自由）。

但是，倘若被害人業已失去意識，而無法形成具體的反對意志，便僅能成立乘機性交罪。

(三)他山之石——德國近年來修法消退複行為犯性質的演進觀察

德國刑法第177條為與我國刑法第221條強制性交罪規定相近之立法，其近年來歷經了一九九七年、二〇一六年等幾次重大修正⁷⁸，演變相當值得我們參考，以下即將其變化簡述之。

⁷⁸ 參閱Fischer, a.a.O. (Fn. 36), § 177 Rn. 1; Eisele, a.a.O. (Fn. 57) § 177 Rn. 1.

1. 德國刑法二〇一六年的重大轉變

德國刑法在二〇一六修法前係採行與我國現行法相近之複行為犯的規範，亦即性犯罪的成立必須同時符合兩種行為：針對個人意思形成與現實現自由的強制行為，以及對於個人「性自主」予以侵害的性侵害行為。然而，德國在二〇一六年修法後另採行的重要趨勢是：近年來性犯罪條文的逐步重大修正，淡化、減低甚至剔除掉強制要素性之犯罪構成要件，便只餘下對被害人的性自主侵害⁷⁹。

在二〇一六年前的德國刑法第177條強制性交罪是名符其實的強制行為結合性行為的複行為犯。當時該條第1項規範了三種行為態樣：第1款的強暴（Gewalt），第2款對生命或身體之現時危險的脅迫（Drohung），以及截堵構成要件性質的第3款⁸⁰：利用被害人對行為人之影響處於無助（schutzlos）之情狀。不僅如此，當時還規範了第2項原則性例示規定（Regelbeispiele）性質的特別嚴重情形，以及第3項、第4項的特定情況加重構成要件⁸¹。

除了性自主的侵害，德國刑法也訂有對於無抵抗能力之人之性侵害行為的第179條規定，其規範處罰利用被害人在以下的情形：第1款因精神或心智疾病或包括成癮性疾病在內的障礙，或因深度之意識障礙，或第2款之身體無抵抗能力，對被害人為實施性行為或其為之。

不過上述的德國立法並非沒有漏洞，一般咸認如突襲式的性侵害行為，因被害人根本來不及表達任何的反抗行為，展現其抵抗的意志，因此前述條文規範將會落空而有保護不足之處。除此之外，加上二〇〇三年歐洲人權法院的判決與二〇一四年生效的伊斯坦堡公約，二〇一五年跨年夜德國科隆性侵案，有為數眾多的北非裔與阿拉伯裔男子聚集在科隆中央車站外的廣場，分組包圍性侵與搶劫案件，以及

⁷⁹ 廖宜寧，以「性意涵」重構刑法規範中的「猥褻」概念，臺北大學法學論叢，第125期，2023年3月，頁105。

⁸⁰ 此一條款1997年方始增訂，可參閱Klaus Laubenthal, *Handbuch Sexualstrafaten*, 2012, S. 19-20.

⁸¹ Joachim Renzilowski, in: Matt/Renzikowski, *StGB*, 1. Aufl., 2013, § 177 Rn. 4-7.

女模特兒Lohfink性愛影片中已表達口頭拒絕如何認定案，都推波助瀾了本次的刑法修正⁸²。從此，凡是未得到他人明示或默示之自主同意，此種違反意願的性行為均可能成立性侵害犯罪，如前述的突襲式性侵害即可加以含括⁸³。

2. 現行法的樣貌⁸⁴

德國二〇一六年的修法，在二〇一六年十一月四日起生效。作出了重大修正：德國刑法第177條的大幅更動轉變成：以違反被害人意願為基本規定，另加上其他的加重刑罰的情狀⁸⁵綜合而成。其規範更動的情形如下：

(1)大幅擴張第177條的相關規定。如第1項即採取「違反他人可辨識之意思」（gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person），而拋棄複行為的模式。

(2)將原先第1項的規定，也就是複行為犯模式者，仍予保留移至第5項。也保留其他的加重原則性例示規定與加重構成要件，乃至情節輕微條款等。

然而，德國刑法第177條第1項的新法雖採單純違反意願的模式，儘管文字上是使用違反他人可得辨識之意思，一般認為仍應自客觀第三人的角度而可得之方可成立⁸⁶。

(3)刪除原本的179條對於無抵抗能力者之侵害行為，並將之前表

⁸² Eisele, a.a.O. (Fn. 57), § 177 Rn. 5; 薛智仁，簡介2016年德國性刑法之修正，月旦刑事法評論，第3期，2016年12月，頁70、73；林信銘，前揭註45，頁374-377。

⁸³ Eisele, a.a.O. (Fn. 57), § 177 Rn. 2.

⁸⁴ 德國刑法前述相關條文的中文翻譯可以參考李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，前揭註20，頁177以下；甘添貴、林東茂等，德國刑法翻譯與解析，2018年3月，頁400以下；薛智仁，前揭註82，頁75-76；廖宜寧，由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎，國立臺灣大學法學論叢，第49卷第2期，2020年6月，頁649-654；惲純良，前揭註60，頁58-59。

⁸⁵ Eisele, a.a.O. (Fn. 57), § 177 Rn. 2; Urs Kindhäuser, LPK-StGB, 7. Aufl., 2017, § 177 Rn.11.

⁸⁶ Kindhäuser, a.a.O., § 177 Rn. 2f.

示立法漏洞之五種未得同意之性行為加以入罪化，納入第177條第2項中加以規範。

變更後的第177條第2項規定，不再只是著重在被害人無抵抗能力，而是著重於被害人無表達與形成意思之能力。並將相關實務上認為可能的漏洞，如利用他人無法形成或表達反對之意思者、利用他人因為身體或心理狀態而重大減損（erheblich eingeschränkt ist）形成或表達意思之能力者，但已確定他人同意者不在此限、利用突襲的時刻、利用被害人若是抵抗將會受到可感受之惡害、以可感受惡害之脅迫強制他人實施或忍受性行為等，納進第2項加以規範⁸⁷。

(4)二〇一六年修法還增加了第184條J的性騷擾，可謂是相當進步的立法，也因應當初的時事增訂第184條J的集體性犯罪⁸⁸。

四)本文觀點——從立法目的開始思考與突破

1.一九九九年修法後的觀察

眾所皆知，我國刑法第221條以下，在一九九九年經歷了一場重大的轉變，不止性侵害犯罪的保護法益自保護社會善良風俗轉變為性自主的保障，文字的修正更是據此而大幅變更⁸⁹。不過沒有更動的是我國強制性交猥褻罪仍是以「複行為犯」的型態存在：也就是客觀構成要件必須有符合手段行為的「強暴、脅迫、藥劑、催眠術或其他違反其意願之方法」與目的行為的「性交」⁹⁰。即使歷經第221條對於實行行為之強制手段限制自「至使不能抗拒」修改為「其他違反其意願之方法」，多數仍認為強制手段非已解消而係無強制程度的要求⁹¹。

⁸⁷ Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 85), § 177 Rn. 5 ff.

⁸⁸ Eisele, a.a.O. (Fn. 57), § 177 Rn. 1; 中文文獻可以參考林信銘，前揭註45，頁377以下的相關介紹。

⁸⁹ 林山田，前揭註40，頁219-222；余翔愛，妨害性自主罪與積極同意模式之探討，政治大學法律系碩士論文，2020年6月，頁23-24的整理。

⁹⁰ 陳子平，前揭註6，頁221；甘添貴，前揭註42，頁235-236。

⁹¹ 僅參閻盧映潔，前揭註6，頁392。多數認為如此的修正不是立法者要放棄強制手段，否則就是對於修正文字或是前述最高法院97年度第5次刑事庭決議的誤解。

本文基本上也是立於此一基本立場去理解強制性交猥褻罪的此一概括條款⁹²，因為這是立法者設下的明文底限。如此觀之，採取「體系解釋」的說法，認為概括條款的行為強度判斷要與強暴、脅迫同等看待，而至少要有妨害被害人自主意思的「低度強制手段」說法，甚至是利用行為係利用被害人同意中產生「與保護法益相關之錯誤」說法，都是在符合法條文字規範的文義解釋下可以被納進，並且具有合理性的解釋選項。

不過，這也不代表學說上「單純未獲被害人有效之同意」完全地不可採，即使文獻上有認為這與「單純被害人非心甘情願」一般，違反了罪刑均衡原則與罪刑法定原則，而且有架空刑法第225條的趁機性交猥褻罪與第228條的利用權勢性交猥褻罪⁹³。本文認為從文義上的理解，這兩種解釋經過一定文字的語意轉換，至少也都能扣著是違反被害人的意願⁹⁴。因為未經被害人同意，或是被害人非心甘情願，至少也在一定程度上都是一種廣義的違反了被害人的意願，而在文字的理解上不至逸脫太多，尚可容納。

2. 未得同意的突破？

不過，值得我們參考的是德國在二〇一六年刑法修正時在第177條第1項，納入了非強制手段之必要的型態，因此德國刑法可以跨越雙行為犯的原始型態，主因是有了立法者另外再建構的立法條文以為支撐。至於是否上述單純以被害人意願來加以決定，是另外一個判斷上要不要介入一般化的規範要素，以及較難舉證之技術與程序上的次要考量問題。而且，我國現行法第221條以下條文所列舉的強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等行為，若全部失卻其作構成要件要素的意義，也

⁹² 論者認為這守住了「罪刑法相當」與「比例原則」的要求，更具備明確的操作性，例如惲純良，前揭註60，頁54。

⁹³ 參閱黃惠婷，由實務判決探討宗教性侵害問題，軍法專刊，第62卷第1期，2016年2月，頁13-15。

⁹⁴ 不可忽略的是，學理上主張未得同意不等於違反意願的說法，仍屬有力說法，如許澤天，前揭註3，頁347；許恒達，前揭註58，頁138。

忽略強制性交與猥褻係一種妨害自由罪的特殊型態⁹⁵。

很清楚的上述兩種說法在其他解釋論上仍欠缺有力的支持，重中之重在於欠缺如比較法上德國刑法般已然明白立法。因此本文在此予以排除，而這等同宣告突襲式性侵這類強制方式下的漏洞，在不具備先行的強制行為下仍然是漏洞而無法包括。至於利用他人不知而實施性行為的情形，如醫師與病患間，像是被害人同意行為人進行婦科內診，但行為人卻趁被害人不知，暗中使用舌頭及性器官進入被害人的性器官等性交行為。雖然也可找到認為係屬違反意願而依本罪論處的判決⁹⁶，但似乎還稱不上已形成穩定的實務見解。況且本案被害人根本不知道性交事實，也無法成立。

我國刑法在一九九九年將「不能抗拒」修正為「其他違反意願」的模式，立法者並未放棄違反意願的規範，因此修法只是立法選擇行為強度問題；舊條文與新條文都是以強制手段為要件，只不過要求的程度不同。很明顯地，修正後的條文似乎要求只要有低度的強制行為顯現，就足以構成本罪。就現行法的規定文字觀察，立法者已然設下重要的例示規定，基於體系解釋，與有效化解釋等原則，第1種說法在體系解釋上可謂仍有相當立基之處。

3. 擴張解釋的極限

回歸強制性交猥褻罪的處罰仍是一種性自主法益被侵害後的法律效果，儘管何謂性自主認定上仍有相當程度的質疑⁹⁷，不過不可否認的是，最後仍必須回到如此的主軸思考。如此觀之，先有使被害人陷入無助情境強制行為的解釋，就是擴張解釋所能達到的極限，也是一種體系解釋下的合理肯認，因為行為人畢竟採行了一種低度的強制手段先行為之，本文從之。

再次重申，由於本文認為雙行為犯的本質仍是立法者設定的目前

95 林山田，評1999年的刑法修正，月旦法學雜誌，第51期，1999年7月，頁31。

96 參閱最高法院98年台上字第3312號刑事判決。

97 參閱廖宜寧，前揭註84，頁668以下的討論。

唯一選項，這仍是目前的立法裁量選擇方式，如此才能與未施加強制手段之乘機性交罪甚至是性騷擾防治法第25條等加以區隔⁹⁸，採取先有使被害人陷於無助情境行為的解釋，從保護法益的完整保障而言，可能說是目前最妥適的選項，若要採取再往外擴，即使本文認為仍未至類推適用，但欠缺立法上的呼應，顯然仍然弊多於利。因為即使在德國當時主張者也主張要修法，要有法律保留依據才是。

至於低度強制手段不論在說理與舉例上，均與利用被害人之陷入無助情境理解相似。而利用既存強制狀態說，在內涵上，其主張的心理強制類型，也是一種使被害人陷入無助理情境的理解；而生理上的強制類型便是利用第三人所形成的強制形態⁹⁹而為接續的性行為，也是一種本來透過解釋即可符合在強制行為實行行為的含括結論¹⁰⁰。

肆、案例評析——針對違反兒少意願之認定

一、我國實務見解的發展現狀

本文上述列舉的是一些學理上對於普通刑法中強制性交猥褻罪中「其他違反意願」的判斷標準，但是在兒少性剝削案件中是否可以加以援用？我國實務見解對此一概念的認定，原先莫衷一是，但在前述的最高法院97年度第5次刑事庭決議出現後似乎得到了緩解，即使是在兒少剝削的案件援引該決議為判準者亦所在多有¹⁰¹。因此，上述於刑法第221條「違反他人意願」可引入作為兒少性剝削條例第36條第3項解釋上的參考。

⁹⁸ 王皇玉，前揭註67，頁399。

⁹⁹ 詳細例子請參閱蔡聖偉，前揭註58，頁90-91。

¹⁰⁰ 因為行為人實現全部的不法構成要件，意義本來就不是行為人必須親自使每一個不法構成要件一一實現，而是行為人本來就是在利用既存的現實條件，在其個人的支配力上，加上最後任何可能方式的著力，使一整組的不法構成要件完全實現，僅參閱黃榮堅，論犯罪的行為時，載刑罰的極限，1999年4月，頁293-294。

¹⁰¹ 如最高法院109年台上字第4045號判決。

值得關注的，本文在一開始文中所舉最高法院109年台上字第624號刑事判決，採行了一個近於前述「未獲被害人有效之同意」的標準：即凡兒童及少年被人拍攝性交或猥褻等色情影像之當下，係因行為人刻意隱匿或不告知兒童及少年將被拍攝，致該兒童及少年處於不知被拍攝之狀態，以致無法對於被拍攝行為表達反對之意思，乃剝奪兒童及少年是否同意被拍攝性交或猥褻行為影片之選擇自由。再依一般社會健全觀念以及法律對於兒童及少年身心健康發展應特別加以保護之觀點而言，以前述隱匿而不告知之方式偷拍或竊錄兒童及少年性交或猥褻行為之影片，顯然具有妨礙兒童及少年意思自由之作用，就其結果而言，無異壓抑兒童及少年之意願，而使其等形同被迫而遭受偷拍性交或猥褻行為影片之結果，依前揭規定及說明，亦應認屬違反本人意願之方法。

判決中的主張理由為：參照兒童權利公約第19條第1項規定：「簽約國應採取一切適當之立法、行政、社會與教育措施，保護兒童（該公約所稱『兒童』係指未滿18歲之人）……不受到任何形式之身心暴力、傷害或虐待、疏忽或疏失、不當對待或剝削，包括性虐待。」以及公民與政治權利國際公約第24條第1項規定：「所有兒童有權享受家庭、社會及國家為其未成年身分給予之必需保護措施……」，暨經濟社會文化權利國際公約第10條第3項規定：「所有兒童及少年應有特種措施予以保護與協助……」意旨。應由保護兒童及少年之角度，解釋本條項所指「違反本人意願之方法」之意涵。

二、在超前部署的大纛下就一切有理？

最高法院在此一見解最大膽且創新者為，行為人只是單純偷拍，連壓制或妨害被害人自主意願的行為都顯未實施。此一見解最高法院更陸續在刑法第221條「違反他人意願」的認定中次第出現¹⁰²。最高法院僅以上述兩個抽象的公約內容要在兒少性剝削犯罪中擬制出有違

¹⁰² 如最高法院110年台上字第1781號判決、112年台上字第2527號判決，對此感謝審稿人寶貴意見之提供。

反意願的行為，說理顯然仍有努力空間。其次，行為人未告知被害人偷拍行為，其實也類似詐術方式行之，只是要以具告知義務的不作為來加以證立，進而論證在此類偷拍的情形要說行為人有告知義務的存在，顯然是更加難以想像。由於上述判決中採取了在「未獲被害人有效之同意」下，即為違反被害人意願的見解，本文基於前述我國刑法第221條以下與兒少性剝削例第36條第3項仍採取複行為犯的規範立場，行為人未告知被害人正在拍攝的行為，不但不符合「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術」此一前導的例示規定外；由於兒少性剝削例第36條第3項亦在保護兒少的性自主，避免影響其未來發展的可能性，因此前述對於「違反他人意願」概括條款之解釋亦可在此予以適用。從而，行為人在本案中單純未告知，並未有使被害人陷於無助情境之行為¹⁰³，應亦無法該當於違反他人意願之概括條款，而為本罪之客觀構成不該當。

本文認為，只要不是從不當的超前部署違反他人意願觀點，本文案例情況自然也不會成立兒少性剝削條例第36條第3項之罪。至於會不會成立同條第1項單純兒少性影像拍攝行為之處罰，由於本項並沒有須違反他人意願等前提之限制，答案則可能是肯定，不過這是另一個條文的涵攝問題，不在本文討論之列，併予敘明。

伍、結論

針對社會上層出不窮的兒少性犯罪，其型態已不再限於典型的性交或猥褻行為，更擴及了拍攝與持有未成年人性影像等。

對此，我國除了普通刑法第227條設有處罰對於兒少之性侵害行

¹⁰³ 蔡聖偉，前揭註58，頁73-74：依照一般邏輯語意理解，「違反意願」應以相對人已形成反對意思為前提，而「未獲同意」則不限於此，還可包含舉凡相對人失去意識、不知情、未及反應、因年幼不懂抗拒而未反對，以及未置可否，甚至受到欺瞞的情形。是以，從「欠缺有效同意」一點，應該只能推導出「不會基於同意排除構成要件該當性」的結論，並無法進一步得出「違反意願」要素的該當，與本文看法相同。

為外，更制訂了兒少性剝削條例之特別法，在其中廣泛地規範了相關涉及兒少性之行為的行政責任與刑事責任。本文試著從性交易到兒少性交易是否得以禁止的議題，自源頭重新省視；再接續以最高法院的實際案例部分內容出發，認為基於對兒少性行為之禁止，因此對於兒少性交易也同樣認為應在禁止之列。至於本文主要探討的兒少性剝削條例第36條第3項，其中是否「違反被害人意願」的概括條款，文中嘗試以檢視不同的學說見解，並提出本文看法：對於不符合前導例示規定之強制行為，概括條款係指涉利用被害人無助情境者而言。本文並基於上述立場，將實務上在單一個案中提出「未得同意」亦為違反意願此一超越我國現行法之規定是否合宜，一併加以評釋。

最後，「法律只是有限的道德技術」¹⁰⁴，由於兒少性交易（或性剝削）行為的防制，不是單靠個別特別法的建置，或是個別刑法的限縮或擴張即可達成。期待本文在這塊國內尚待未深入耕耘議題的沃土上，能注入一些促成更成熟見解出現的養分。

¹⁰⁴ 黃榮堅，靈魂不歸法律管，第2版，2023年12月，頁158、169。尤其是現實上道德機轉在人類平庸的身體細胞上很難發動起來，但是要講社會文明的提升，也沒有第二條路可以取代。

參考文獻

一、中 文

(一)專 書

1. Gilbert Gornig著，陳汶津譯，從行政法及刑法觀點談德國性交易的實務問題，2016第七屆兩岸刑事法制暨財經法律國際學術研討會，2016年5月。

Gilbert Gornig (Ed.), Wen-Chin Chen (Trans.), *The Legal Issue of Sexual Intercourse from an Administrative and Criminal Law*, The 7th Cross-Strait International Symposium on Criminal Law and Financial Law, May, 2016.

2. 甘添貴，刑法各論（下），第4版，三民，2015年5月。

Tian-Guei Gan, *The Specific Provisions of Criminal Law (II)*, 4th ed., Sanmin (2015).

3. 甘添貴、林東茂等，德國刑法翻譯與解析，五南，2018年3月。

Tian-Guei Gan & Dong-Mao Lin (Trans.), *Translation and Analysis of German Criminal Law*, Wunan (2018).

4. 李茂生，論性道德的刑法規制，載台灣法學新課題（一），元照，2003年9月，頁291-329。

Mau-Sheng Lee, The Criminal Regulating of Sexual Ethics, in: *New Issues in Taiwan Law (I)*, Angle Publishing, pp. 291-329 (2003).

5. 李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，第2版，元照，2019年7月。

Sheng-Chieh Lee, Yi-Hong Pan, Shih-Fan Wang (Trans.), *German Code of Criminal Law*, 2th ed., Angle Publishing (2019).

6. 林士欽，兒童及少年保護法律體系導讀，載兒少法規，五南，2020年2月，頁1-6。

Shih-Chin Lin, Introduction to the Child and Juvenile Protection Law System, in: *Child Protective Law*, Wunan, pp. 1-6 (2020).

7. 林山田，刑法各罪論（上），元照，第5版，2005年9月。

Shan-Tian Lin, *The Specific Provisions of Criminal Law(I)*, 5th ed.,

- Angle Publishing (2005).
8. 林山田，刑法總論（上），第10版，元照，2008年1月。
Shan-Tian Lin, *General Principles of Criminal Law (I)*, 10th ed., Angle Publishing (2008).
9. 林志潔、莊宇真，性交易管制，載性別正義的刑法觀點，元照，2015年4月，頁159-182。
Chih-Chieh Lin & Yu-Zhen Zhuang, Sex Trade Regulation, in: *Perspective Gender Justice in Criminal Law*, Angle Publishing, pp. 159-182 (2015).
10. 林東茂，評刑法「妨害性自主罪」的修正，載一個知識論上的刑法學思考，第3版，五南，2007年10月，頁121-140。
Dong-Mao Lin, A Critique of the Amendment to the Criminal Law Regarding the Crime of "Sexual Assault", in: *An Intellectual Thinking of Criminal Law*, 3rd ed., Wunan, pp. 70-80 (2007).
11. 許澤天，刑法分則（下），第6版，新學林，2024年6月。
Tze-Tien Hsu, *The Specific Provisions of Criminal Law (II)*, 6th ed., New Sharing (2024)
12. 陳子平，刑法各論（上），第4版，元照，2019年9月。
Tzu-Ping Chen, *The Specific Provisions of Criminal Law (I)*, 4th ed., Angle Publishing (2019).
13. 黃榮堅，論犯罪的行為時，載刑罰的極限，元照，1999年4月，頁243-300。
Jung-Chien Huang, Review of When Committing a Crime, in: *The Limits of Penalty*, Angle Publishing, pp. 243-300 (1999).
14. 黃榮堅，性交易與刑法上妨害性自主概念關係之研究，載自由、責任與法——蘇俊雄教授七秩祝壽論文集，元照，2005年8月，頁297-326。
Jung-Chien Huang, Research on on the Relationship Between Sex Transaction and the Criminal Law Concept of Obstruction of Sexual Autonomy, in: *Freedom, Liability and Law—Festschrift for Prof. Dr. Jyun-Hsyong Su*, Angle Publishing, pp. 297-326 (2005).
15. 黃榮堅，靈魂不歸法律管，第2版，商業週刊，2023年12月。

Jung-Chien Huang, *Spirit Doesn't Care About the Law*, 2nd ed., Business Weekly (2023).

- 16.蔡聖偉，施行詐術促成性交決意是否亦屬違反意願？——評最高法院102年度台上字第248號刑事判決，載刑法判解評析，新學林，2019年9月，頁151-158。

Sheng-Wei Tsai, Is it also Against the Will to Obtain a Decision to Have Sexual Intercourse by Fraud?—An Analysis of Taiwan Supreme Court Judgments (102) Tai Shang Tzu No.248 (2013), in: *Commentary on Criminal Law Jurisprudence*, New Sharing, pp. 151-158 (2019).

- 17.盧映潔，刑法分則新論，第20版，新學林，2024年9月。

Ying-Chieh Lu, *The Specific Provisions of Criminal Law*, 20th ed., New Sharing (2024).

- 18.盧映潔、李鳳翔，刑法概要——刑法分則，第4版，五南，2023年8月。

Ying-Chieh Lu & Fung-Cheung Lee, *A Summary of Criminal Law—The Specific Provisions of Criminal Law*, 4th ed., Wunan (2023).

(二)期刊論文

- 1.王皇玉，台灣對性交易行為的管制與處罰，台灣法學雜誌，公法特刊，2010年8月，頁1-10。

Huang-Yu Wang, The Regulation and Punishment of Sexual Transaction in Taiwan, *Taiwan Law Journal*, Public Law Special Issue, 1-10 (2010).

- 2.王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心，國立臺灣大學法學論叢，第42卷第2期，2013年6月，頁381-432。

Huang-Yu Wang, Force Methods and Agreement under Deception: Based on the Sexual Assault Crime, *National Taiwan University Law Journal*, 42(2), 381-432 (2013).

- 3.余翔愛，妨害性自主罪與積極同意模式之探討，政治大學法律系碩士論文，2020年6月。

Hsiang-Ai Yu, *A Probe into the Crime of Against Sexual Autonomy and*

the Model of Affirmative Consent, Master's thesis, Department of Law, National Chengchi University (2020).

4. 李佳玟，違反罪刑法定的正義，*台灣法學雜誌*，第160期，2010年9月，頁1-3。

Chia-Wen Lee, Violation of Criminal Justice, *Taiwan Law Journal*, 160, 1-3 (2010).

5. 李佳玟，說是才算同意（Only Yes Means Yes）——增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議，*臺北大學法學論叢*，第103期，2017年9月，頁53-118。

Chia-Wen Lee, Only Yes Means Yes—A Proposal for the Offense of Nonconsensual Sex in the Criminal Law, *Taipei University Law Review*, 103, 53-118 (2017).

6. 李聖傑，妨害性自主：第三講——類型闡述，*月旦法學教室*，第23期，2004年9月，頁99-106。

Sheng-Chieh Lee, Sexual Assault: Lecture 3—Typologies, *Taiwan Jurist*, 23, 99-106 (2004).

7. 李麗芬，論「兒少性交易」為何應正名為「兒少性剝削」，*社區發展季刊*，第139期，2012年9月，頁282-287。

Li-Feng Lee, Why “Child Sexual Transition” Should be Corrected to “Child Sexual Exploitation”? , *Community Development Journal*, 139, 282-287 (2012).

8. 林山田，評1999年的刑法修正，*月旦法學雜誌*，第51期，1999年7月，頁16-42。

Shan-Tian Lin, Commentary on the 1999 Criminal Law Amendments, *The Taiwan Law Review*, 51, 16-42 (1999).

9. 林志潔、金孟華，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，2010年7月，頁144-161。

Chih-Chieh Lin & Mong-Hwa Chin, The Development of Feminist Law and the Reform of Sexual Assault Prevention Laws in the United States, *The Taiwan Law Review*, 182, 144-161 (2010).

10. 林俊廷，釋字第666號解釋與性交易合法化問題之研析，*警大法學*，第20期，2011年4月，頁153-177。

Jun-Ting Lin, Judicial Yuan Interpretation No.666 and Analysis of Sexual Transaction Legalization Question, *Central Police University Law Review*, 20, 153-177 (2011).

- 11.林信銘，暴露與觸摸性騷擾刑事責任之探究——以德國刑法的性騷擾規範為借鑑，高大法學論叢，第14卷第1期，2018年9月，頁345-396。

Sin-Min Lin, A Study on the Criminal Liability of Sexual Harassment by Exhibitionism and Physical Contact—Developed at Examples of the Criminal Regulation of Sexual Harassment in the German Penal Code, *National University of Kaohsiung Law Journal*, 14(1), 345-396 (2018).

- 12.林琬珊，跟蹤騷擾防制法評析——過與不及的矛盾衝突，台灣法律人，第11期，2022年5月，頁140-169。

Wan-Shan Lin, Commentary on the Stalking and Harassment Prevention Act—The Paradox of Excess and Incompetence, *Formosan Jurist*, 11, 140-169 (2022).

- 13.施慧玲，論我國兒童少年性剝削防治立法，中正大學法學集刊，第2卷，1999年7月，頁45-76。

Amy Huey-Ling Shee, On the Legislation for the Prevention and Control of Sexual Exploitation of Children and Adolescents in My Country, *National Chung Cheng University Law Journal*, 2, 45-76 (1999).

- 14.徐偉群，回歸「強制」概念——利用權勢猥褻性交罪的解釋與立法批判，台灣法律人，第20期，2023年2月，頁1-29。

Wei-Chun Hsu, Returning to the Concept of Coercion—An Interpretation and Legislative Critique of the Crime of Sexual Assault by Abusing Power, *Formosan Jurist*, 20, 1-29 (2023).

- 15.張天一，引誘媒介性交或猥褻罪之問題檢討——以性交易行為之可罰性為中心，軍法專刊，第47卷第7期，2001年7月，頁33-41。

Tien-Yi Chang, Review of the Offense of Sexual Intercourse or Indecent Assault by Inducement of a Medium—Focusing on the Punishability of Sexual Transactions, *The Military Law Journal*, 47(7), 33-41 (2001).

16. 張麗卿，兒少性剝削與組織犯罪，月旦法學雜誌，第271期，2017年12月，頁60-76。
Liching Chang, Child Sexual Exploitation and Organized Crime, *The Taiwan Law Review*, 271, 60-76 (2017).
17. 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？，台灣本土法學雜誌，第42期，2003年1月，頁16-36。
Yu-Xiu Xu, Rape, Offenses of Opportunistic and Power-Abused to Sexual Assault—What is Sexual Autonomy?, *Taiwan Law Journal*, 42, 16-36 (2003).
18. 許玉秀，重新學習性自主——勇敢面對問題，月旦法學雜誌，第200期，2012年1月，頁302-323。
Yu-Xiu Xu, Re-learning Sexual Autonomy—Facing Up to the Problem, *The Taiwan Law Review*, 200, 302-323 (2012).
19. 許恒達，善良風俗、國民健康與促成性交易的刑事責任——以釋字第666號解釋為反思契機，月旦法學雜誌，第186期，2010年11月，頁19-37。
Heng-Da Hsu, Good Morals, Health Promotion, and Criminal Responsibility for Facilitating Sexual Transactions—Judicial Interpretation No. 666 as an Opportunity for Reflection, *The Taiwan Law Review*, 186, 19-37 (2010).
20. 許恒達，乘機襲胸案刑責再考——評台灣高等法院台中分院102年度侵上訴字第47號判決，台灣法學雜誌，第233期，2013年10月，頁150-162。
Heng-Da Hsu, Criminal Liability in the Case of Assault on the Breast—Appraisal of the Taiwan High Court Taichung Branch Court (102) Chin Shang Su No. 47, *Taiwan Law Journal*, 233, 150-162 (2013).
21. 許恒達，兒童及少年性剝削防制條例刑事責任之評析，月旦刑法評論，第1期，2016年6月，頁47-69。
Heng-Da Hsu, Commentary on Criminal Liability under the Child and Youth Sexual Exploitation Prevention Act, *Angle Criminal Law Review*, 1, 47-69 (2016).
22. 許恒達，變質的友情：侵入住居與妨害性自主之個案檢討，月旦法

學教室，第166期，2016年8月，頁24-26。

Heng-Da Hsu, Friendship Gone Bad: A Case Study of Aggravated Burglary and Obstruction of Sexual Assault, *Taiwan Jurist*, 166, 24-26 (2016).

23.許恒達，刑法裁判精選——評強制性交罪基礎犯行解釋的實務近況，月旦法學雜誌，第321期，2022年2月，頁134-146。

Heng-Da Hsu, Selected Criminal Law Decisions—Commentary on of Recent Practice in the Interpretation of the Base Offense of Forced Sexual Intercourse, *The Taiwan Law Review*, 321, 134-146 (2022).

24.許雅斐，法益保護與法制規範：德國性工作的除罪化歷程，台灣社會研究季刊，第121期，2022年4月，頁1-41。

Ya-Fei Hsu, The Protection of Legal Goods and Norms: Decriminalizing Sex Work in Germany, *Taiwan: A Radical Quarterly in Social Studies*, 121, 1-41 (2022).

25.許澤天，面臨合法惡害威脅下的性自主，台灣法學雜誌，第181期，2011年8月，頁120-125。

Tze-Tien Hsu, Sexual Autonomy in the Face of the Threat of Legalized Violence, *Taiwan Law Journal*, 181, 120-125 (2011).

26.陳重言，兒少色情物品的刑法規範——以虛擬角色及持有行為為核心，法官協會雜誌，第16卷，2014年12月，頁194-199。

Chung-Yen Chen, Criminal Law Regulating Child Pornography—Focus on Virtual Roles and Possession Acts, *Journal of Judges Association R.O.C. Taiwan*, 16, 194-199 (2014).

27.惲純良，以靈異災厄之說誘騙性交是否屬於「其他違反意願之方法」？——評最高法院104年度台上字第2902號刑事判決，裁判時報，第51期，2016年9月，頁50-59。

Chun-Liang Yun, Is Inducing Sexual Intercourse by Means of Psychic Plagues “Other Methods Against One’s Will”? Commentary on the Supreme Court’s 104th Criminal Judgment No. 2902, *Court Case Times*, 51, 50-59 (2016).

28.黃惠婷，性刑法防制兒童及少年性侵害之修法研究，警大法學論集，第24期，2013年4月，頁103-138。

Huei-Ting Huang, Research on the Prevention of Sexual Criminal Law on Child and Youth Sexual Abuse, *Central Police University Law Review*, 24, 103-138 (2013).

29. 黃惠婷，由實務判決探討宗教性侵害問題，軍法專刊，第62卷第1期，2016年2月，頁1-28。

Huei-Ting Huang, The Discussion on Religious Sexual Assault by Court Decisions, *The Military Law Journal*, 62(1), 1-28 (2016).

30. 廖宜寧，由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎，國立臺灣大學法學論叢，第49卷第2期，2020年6月，頁635-710。

I-Ning Liao, From the Reform of German Criminal Law to Analyze the Theoretical Basis of the Sex Crime, *National Taiwan University Law Journal*, 49(2), 635-710 (2020)

31. 廖宜寧，由行為不法角度建構跟蹤騷擾罪之刑罰正當性，興大法學，第32期，2022年11月，頁107-156。

I-Ning Liao, Constructing the Justification Basis of Stalking and Harassment Prevention Law from the Viewpoint of Wrongful Act, *Chung-Hsing University Law Review*, 32, 107-156 (2022).

32. 廖宜寧，以「性意涵」重構刑法規範中的「猥褻」概念，臺北大學法學論叢，第125期，2023年3月，頁71-145。

I-Ning Liao, Reconstructing the Concept of "Obscene" in Criminal Law with "Sexual Connotation", *Taipei University Law Review*, 125, 71-145 (2023).

33. 蔡宗珍，性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討，律師雜誌，第228期，1998年9月，頁64-77。

Tzung-Jen Tsai, The Basic Rights Position of Intentional Sexual Advantage in Sexual Transactional Relationships, *Taipei Bar Journal*, 228, 64-77 (1998).

34. 蔡聖偉，論排他互斥的構成要件，東吳法律學報，第21卷第4期，2010年4月，頁87-117。

Sheng-Wei Tsai, The Incompatibilities Among Criminal Offenses (Exklusivität von Straftatbeständen), *Soochow Law Review*, 21(4), 87-

117 (2010).

- 35.蔡聖偉，論「對幼童性交罪」與「強制性交罪」的關係——評最高法院99年第7次刑事庭決議，*裁判時報*，第8期，2011年4月，頁65-69。

Sheng-Wei Tsai, Commentary on the Relationship between the Crime of “Sexual Intercourse with Children” and the “Sexual Assault Crime”—Resolution by the 2010 7th Criminal Divisions Conference of the Supreme Court, *Court Case Times*, 8, 65-69 (2011).

- 36.蔡聖偉，論強制性交罪違反意願的方法，*中研院法學期刊*，第18期，2016年3月，頁41-109。

Sheng-Wei Tsai, Forcible Means in the Crime of Forced Sexual Intercourse, *Academia Sinica Law Journal*, 18, 41-109 (2016).

- 37.蔡聖偉，台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，2016年12月，頁5-23。

Sheng-Wei Tsai, The Sanctions of Conservation Sexual Autonomy in Taiwan’s Criminal Law—An Introduction to the Existing Legal System and a Prospect for Future Amendments to the Law, *Angle Criminal Law Review*, 3, 5-23 (2016).

- 38.蔡聖偉，最高法院關於性強制罪違反意願要素的解釋趨向，*月旦法學雜誌*，第276期，2018年5月，頁5-21。

Sheng-wei Tsai, The Supreme Court’s Interpretation Tendency Towards the Element of “Against the Victim’s Will” of Sexual Offenses, *The Taiwan Law Review*, 276, 5-21 (2018).

- 39.蔡聖偉，評殺人罪章2019年修法，*裁判時報*，第95期，2020年5月，頁44-55。

Sheng-Wei Tsai, Assessment of Offences of Homicide Amended in 2019, *Court Case Times*, 95, 44-55 (2020).

- 40.蔡蕙芳，故意犯罪(三)——客觀處罰條件，*台灣本土法學雜誌*，第76期，2005年11月，頁166。

Hui-Fang Tsai, Intentional Crime—Objective Conditions for Punishment, *Taiwan Law Journal*, 76, 166 (2005).

41.盧映潔，強制性交罪與乘機性交罪之區別，月旦法學教室，第20期，2004年6月，頁16-17。

Ying-Chieh Lu, Difference Between “Sexual Assault Crime” and “Offenses of Opportunistic Sexual Intercourse”, *Taiwan Jurist*, 20, 16-17 (2004).

42.盧映潔，「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，月旦法學雜誌，第186期，2010年11月，頁164-173。

Ying-Chieh Lu, Does “Willingness” Matter?—Commenting on the Kaohsiung District Court Judgment (99) Su Tze No. 422 and the 2010 7th Criminal Divisions Conference of the Supreme Court, *The Taiwan Law Review*, 186, 164-173 (2010).

43.薛智仁，促成性交易罪及補強法則之適用範圍——評臺灣高等法院104年度上訴字第1553號判決，中原財經法學，第37期，2016年12月，頁105-169。

Chih-Jen Hsueh, The Problematic Application of Crime of Pandering and the Rule of Corroboration—Comment on Taiwan High Court 104 Criminal Appeal Case No. 1553, *ChungYuan Financial & Economic Law Review*, 37, 105-169 (2016).

44.薛智仁，簡介2016年德國性刑法之修正，月旦刑事法評論，第3期，2016年12月，頁67-80。

Chih-Jen Hsueh, Introduction to the 2016 Amendments to the German Criminal Law on Sex Crimes, *Angle Criminal Law Review*, 3, 67-80 (2016).

45.謝煜偉，浪漫陷阱——性自主之法益關係錯誤，新學林法學，第2期，2024年4月，頁209-214。

Yu-Wei Hsieh, Romantic Trap—Wrong Relationship between Legal Benefits of Sexual Autonomy, *Sharing Law Journal*, 2, 209-214 (2024).

二、德 文

◎專 書

1. Fischer, Thomas, StGB, 71. Aufl., 2024.
2. Thomas, Rönnau/Schluckebier, Wilhelm (Hrsg.), Leipziger Kommentar Großkommentar, 12. Aufl., 2010.
3. Kindhäuer, Urs, StGB, Lehr-und Praxiskommentar, 7. Aufl., 2017.
4. Laubenthal, Klaus, Handbuch Sexualstraftaten, 2012.
5. Matt, Holger/Renzikowski, Joachim (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 1. Aufl., 2013.
6. Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., 2017.
7. Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., 2019.

The Prohibition on Sexual Transaction of Children and the Determination to Violation of Will-Focusing on Article 36 Paragraph 3 of the Child and Juvenile Sexual Exploitation Ordinance

Ming-De Yu*

Abstract

It is a consensus in our society that children and teenagers should be given more protection than adults in both physically and psychologically. The construction of relevant legal systems in our country has also reached a considerable scale, such as the Children and Juvenile Welfare and Rights Protection Law, the Juvenile Incident Handling Law, etc. However, regard to the endless stream of sexual crimes against children in society, the types are no longer limited to typical sexual intercourse or obscene behavior, but also include the shooting and possession of sexual images of minors. Hence, except draw up Article 227 of the general criminal law that punish sexual abuse of children and adolescents, our country has also formulated a

* Associate Professor, School of Law, Kainan University; Doctor of Law, Fu-Jen University.

Received: November 5, 2024; accepted: January 14, 2025

special law on the prevention of sexual exploitation for children and adolescents. In addition, it has extensively regulated the relevant administrative and criminal responsibility that involved in sexual behavior of children and adolescents.

This article mainly starts from the case reviewing from Article 36, Paragraph 3 of the Child and Juvenile Sexual Exploitation Prevention Ordinance. It will first discusses of which attitudes that should be adopted towards the sex trafficking (or sexual exploitation) of children and adolescents. This article is based on the aspect to prohibit the sexual behavior of children and adolescents. Therefore, the sex trafficking of children and adolescents is also considered to be prohibited. Next, discuss the disputed points of whether it is against the victim's willingness that raises in the case. Finally, raise up the opinion: Based on the interpretation of system, for coercive acts that do not meet the regulations from previous mentioned, the general clause refers to taking advantage of the victim's helpless situation. Last but not least, this article will also examine the different views of self-study theory, and propose the opinions in conclusion. Besides, we will also review whether it is proper beyond our country's current law to state that "without permission" is also a violation of willingness in a single case.

Keywords: Sexual Trafficking, Sexual Exploitation, Against the Willingness, Sexual Exploitation for Children and Adolescents, Sexual Autonomy