性侵幼童，執法重在保護兒童！

 葉雪鵬（曾任最高法院檢察署主任檢察官）

前些日子的新聞報導：有年僅三歲與六歲的女童，被人用手指或眼鏡等異物，對她們的私處進行性侵，有些法院的法官對於類似此種性侵幼童案件，認為強制性交的基本犯罪是刑法第二百二十一條的強制性交罪。這法條中列有「違反被害人之意願」的要件，如果被告是利用被害人係未滿十四歲的幼童，懵懂不解性事，可以任意擺布性侵，由為無從證實有沒有「違反被害人的意願」，就與強制性侵的要件不合，不能論以普通強制性交罪，既不成立普通強制性侵罪，就不生加重強制性交罪的問題，只能用刑法上的「對未年人性交罪」來判處罪刑。

這些論斷的判決出現後，許多民眾都無法接受，因為被性侵的幼童，連表達能力都沒有，那會知道什麼是「性交」？又不會將心中的感受對外表達，憑什麼認定行為人的性侵動作，沒有違反被性侵幼童的意願？應該從保護幼童的觀點來解讀他們內心的想法，沒有能力說是，就是說不。不滿的聲音，連法院的主管機關司法院都聽到了，礙於審判獨立原則，不能對具體個案下指導棋，卻想到一個點子，就是建議刑法主管機關法務部修法，在現行刑法第二百二十一條的強制性交罪中，增列一項以年齡作為標準的強制性交罪，凡是對某一年齡以下的幼童性侵，就論以加重強制性交罪。至於年齡的決定點，定在七歲以下或者是十四歲以下，則參考兒童心理學家的意見。

這修法的點子如果順利實現，遇到類似案件的法官不必多作思考，照著修正法條行事那就得了！既可以減少辦案的勞累，又不怕被亂扣「恐龍法官」的帽子。只是數年過去了，仍未見刑法新法條出現。不知原因卡在何處？但性侵幼童案件還是不斷發生，在修法未通過以前，經辦法官們只有在現行法的規定下，探討被告的行為有沒有違反「被害人的意願」了！

其實司法院的修法建議，算不上是新點子！因為在民國八十八年四月二十一日以前，我國刑法分則第十六章妨害風化罪第二百二十一條強姦罪中，就有類似以年齡為標準的「準強姦罪」的規定，只是這一天 總統公布了刑法修正案，第二百二十一條也在修正之列，修正前的原條文第一項是這樣規定的：「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」第二項規定：「姦淫未滿十四歲之女子以強姦論。」也就是說：在這法條有效期間內，只要姦淫的是未滿十四歲的女子，就算是得到被害女子的同意，也要論以強姦罪。那次修法，可說是對刑法妨害風化罪章的大翻修，原有第十六章章次雖然保留，但章名則改為「妨害性自主罪」。妨害風化罪的章名則改列為第十六章之一，相關法條也有增加或修正。

原有的第二百二十一條條文的條次沒有調整，但內容已面目全非，不再侷限強姦罪的範圍了！修正條文在犯罪要件方面是這樣規定的：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者」。由修正法條來看，犯罪的被害人已由「婦女」擴大為「男女」，既沒有性別之分，也沒有年齡區隔，所以男女幼童當然都在這法條保護之列。法條中所稱「性交」的意義，這次修法也併增訂法條，賦予立法解釋。新增條文訂在刑法總則第十條第五項，內容是這樣的；「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。

由這解釋法條來看，刑法妨害性自主罪條文中所稱的「性交」，已非修正前相關法條中「姦淫」的舊觀念。新聞報導所指的用手指或者異物，進入三歲及六歲女童性器性侵，毫無疑義正是修正法條所稱的「強暴」方法。行為人原應成立這法條所定的強制性侵罪，要處三年以上十年以下有期徒刑。但因被害人是未滿十四歲之人，要依新訂第二百二十二條第一項第二款的加重強制性交罪處斷，法定本刑成為七年以上有期徒刑。

 由此看來，修正第二百二十一條的強制性交罪中，除了使用強暴的方法以外，還有列舉的脅迫、恐嚇、催眠術三種，用這些列舉方法性侵，實施過程就是在抑制被害人意願，所以不生違反被害人意願的問題。有問題的是這法條中的「其他違反其意願之方法」的補充規定，實施其他方法的性侵，就要注意到文字相連的有沒有違反被害人意願的問題。

 最高法院刑庭曾經在民國九十九年舉行的第七次總會中，對這問題詳加討論。得到的結論是被害人如果係七歲以上未滿十四歲的男女，與行為人合意性交，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；若與七歲以上未滿十四歲的男女作非合意性交，或被害人係未滿七歲的男女，則基於對未滿十四歲男女的保護，應認為行為人的性交，已妨害被害人「性自主決定」的意思自由，均屬於違反被害人意願的方法，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。主要理由是從民法行為能力來觀察，認為未滿七歲的男女，依民法第十三條第一項規定，無行為能力，應認為無與人性交的合意意思能力；至於七歲以上未滿十四歲之男女，係民法第十三條第二項所定之限制行為能力人，並非無行為能力的人；自應認有表達合意為性交與否的意思能力。執法者用心，現行法依然可以達到保護兒童目的！

**（本文登載日期為101年8月7日，文中所援引之相關法規如有變動，仍請注意依最新之法規為準）**