

日本對於未成年人同意性行為的刑事規範 --青少年保護育成條例與各國立法的比較

吳天雲*

摘要

各國對於未成年人的同意性行為，均於一定年齡範圍內利用刑法加以規範，此係考量未成年人欠缺完全的同意能力，或者基於保護未成年人的健全發展之需要。近時國內學說主張對於幼年者性交猥褻罪應該除罪化。對此問題，本文利用日本立法、學說與實務見解與其他國家立法加以比較，試以探索未來可能的修法方向。

關鍵字：未成年人，同意能力，性行為，性的自己決定權。

The Criminal Provisions for Consensual Sexual Intercourse Involving Minors in Japan-- Comparative Study of Legislation and Prefectural Ordinance of Juvenile Protection

Wu, Tien-Yun**

Abstract

In the regard of the unsound consent ability and the mental and physical development of minors, many countries limit minors' ability to consent sexual intercourse by criminal law. In Taiwan, academia recently suggest to revise the Criminal law's Article 227 Paragraph 3 and Paragraph 4 to decriminalize consensual sexual intercourse involving minors. In this regard, the essay compares Japan with other countries on law, academic comments and judicial opinions of consensual sexual intercourse involving minors. The study could be an important reference for improving related policy.

Keywords: minors, consent ability, sexual intercourse, sexual autonomy.

*輔仁大學法律學系博士，法務部調查局調查員，臺北科技大學智慧財產權研究所兼任助理教授。

**Ph. D, Department of Law, Fu Jen University. Investigator of Ministry of Justice (Taiwan). Adjunct Assistant Professor, Graduate Institute of Intellectual Property, National Taipei University of Technology.

壹、前言

對於未成年人同意的性行為，不論何國均於一定年齡範圍之內設有刑事規範，其主要考量不外是未成年人欠缺完全的同意能力，或者基於保護未成年人健全發展之需要。其中，日本刑法第 176 條、第 177 條後段規定對於未滿 13 歲未成年的性行為視同強姦或強制猥褻（類似 1999 年修正前之我國刑法第 221 條第 2 項與第 224 條第 2 項之準強姦與準強制猥褻罪），並無類似我國刑法第 227 條第 3 項或第 4 項，對於 14 歲以上未滿 16 歲之對於幼年者性交猥褻罪。不過，現今日本所有地方自治團體（都道府縣）均制定名稱不一的青少年保護育成條例（例如福岡縣青少年保護育成條例、岐阜縣青少年健全育成條例，下稱「條例」）¹，處罰對於青少年販賣有害圖書，以及淫亂性行為（或淫行）或猥褻行為（みだらな性行為及びわいせつ行為，下稱「未成年人同意性行為罪」，但是東京都雖有立法，惟未規定未成年人同意性行為罪）。依據日本警察廳的統計，僅 2015 年移送違反條例案件即達 2,496 件（含未成年人同意性行為罪）²，實際運用案例不少。

近時國內學界認為對於幼年者性交猥褻罪在法理上無法說明許多個案的法益侵害或危險，並帶來許多刑事政策的弊病，同時我國未成年人的性行為比例日漸增高，而有除罪化之建議³。對此，本文先行概述日本法制，進而說明條例之未成年人同意性行為罪，最後與美國、英國、加拿大、法國、德國、瑞士與奧地利法制進行簡要的比較，並加以檢討；其次，各國對於性交與猥褻的概念未見一致，若干國家甚至並未區分，故若法律條文並未明言，本文均將我國刑法所稱之性交與猥褻行為稱為「性行為」；再者，我國刑法妨害性自主罪章的犯罪類型甚多，本文介紹、比較範圍限於基於未成年人自願性同意的性行為，不包括違反意願、意願不明或受到干擾（強制、乘機或利用權勢）的性行為，亦不包括對於未成年人的性剝削行為（例如基於對價關係），於此合先敘明。

貳、日本法制

一、法律概況

（一）日本刑法

日本刑法第 176 條：「對於 13 歲以上之男女，使用暴行或脅迫而為猥褻行為者，處 6 個月以上 10 年以下之有期徒刑。對於未滿 13 歲之男女而為猥褻行為者，亦同。」第 177 條：「對於 13 歲以上之女子，使用暴行或脅迫而姦淫者，處 3 年以上之有期徒刑。對於未滿 13 歲之女子而姦淫者，亦同。」換言之，使用暴行或脅迫行為而姦淫 13 歲以上之女子或者猥褻 13 歲以上之男女，固然成立強姦罪或強制猥褻罪。即使雙方完全的

¹ 最後的長野縣於 2016 年 7 月 7 日公布「長野縣保護性被害兒童條例」（長野県子どもを性被害から守るための条例），罰則於同年 11 月 1 日施行。

² <https://www.npa.go.jp/toukei/soubunkan/h27/h27hanzaitoukei.htm>（最後瀏覽日：2016 年 1 月 1 日）。

³ 許澤天（2014），刑法第 227 條作為青少年的性禁忌迷思-最高法院 99 台上 497 判決，台灣法學雜誌，242：184。

合意，不問方法為何，只要姦淫 13 歲以下之女子或者猥褻 13 歲以下之男女，亦不例外。此因未滿 13 歲者，對於性的自己決定判斷力尚未成熟，故立法擬制成為抗拒困難的狀態⁴。此外，本條後段兼具經由保護未成年人之性的發展而實現其健全發展之目的，因而日本刑法第 176 條與第 177 條後段規定亦涉及後述未成年人同意性行為罪與兒童福祉法之使兒童淫行罪，如果一行為而犯各罪，吸收未成年人同意性行為罪，但是與使兒童淫行罪的保護重點並不相同，解釋上應為想像競合關係⁵。

不過，另有認為日本刑法強姦罪或強制猥褻罪保護法益是尊重個人人格，即性的自己決定權，從而是否追訴、處罰亦須尊重被害者意願（日本刑法第 180 條第 1 項規定須告訴乃論）。至於未成年人同意性行為罪，係因未成年人的身心尚未發展成熟，此種行為顯著妨礙其身心健全發展，即使未成年人同意仍有處罰之必要。從而對於未滿 13 歲者同意性交或猥褻行為而未告訴時，仍得依據非告訴乃論之未成年人同意性行為罪追訴、處罰，實際運用此種方法的案例不少（例如大阪高判昭和 48・12・20 高刑集 26・5・619 頁）⁶。既然保護法益不同，從而一行為而犯日本刑法第 176 條、第 177 條後段規定與未成年人同意性行為罪，應係想像競合而非吸收關係。

（二）兒童福祉法

該法所稱兒童係指未滿 18 歲之人（第 4 條），第 34 條第 1 項第 6 款規定：「任何人不得為下列行為：……六、使兒童為淫行之行為。」法定刑為 10 年以下有期徒刑或科或併科 300 萬日圓以下罰金（第 60 條第 1 項）。該罪所謂「淫行」，日本實務解釋係指性道德上值得非難的性交或類似性交的行為（最判昭和 47・11・28 刑集 26・9・617 頁），但是認為淫行是不道德的性行為，此種概念未必明確，而且該罪法定刑（10 年以下之有期徒刑）相當於日本刑法第 176 條後段（法定刑為 6 個月以上 10 年以下之有期徒刑，2004 年日本刑法修正前僅係 6 個月以上 7 年以下之有期徒刑），遠重於該法其他罪名（例如第 34 條第 1 項第 9 款之「造成兒童身心有害影響之行為」，法定刑為 1 年以下之有期徒刑），因此勸誘或影響兒童與自己發生性行為是否成立本罪即成問題。日本刑法第 182 條的勸誘淫行罪（以營利為目的，勸誘非常習淫行女子與他人姦淫者，法定刑係 3 年以下有期徒刑或 30 萬日圓以下罰金，但是賣春防止法立法後已無適用），通說不處罰女子與相對人，故應採消極說。不過，日本刑法第 182 條的勸誘淫行罪的「淫行」亦指淫亂的性行為，亦即依據社會通常觀念具有處罰必要性而應受道德非難之性行為⁷；其次，不道德的性交行為與類似性交行為同樣侵害兒童，將其除外並無合理性，基於保護兒童福祉的觀點應採積極說⁸。

⁴ 山中敬一（2009），刑法各論，東京：成文堂，頁 146。

⁵ 龜山繼夫（2000），§176（強制わいせい），收錄於：大コンメンタル刑法 第 9 卷，東京：青林書院，頁 60、66。

⁶ 藤宗和香（1996），青少年保護育成條例違反，收錄於：シリーズ捜査実務全書 性，東京：東京法令，頁 321。

⁷ 龜山繼夫（2000），§182（淫行勸誘），收錄於：註 5 書，頁 100-101。

⁸ 廣瀬健二（1994），兒童を淫行させる行為，收錄於：刑事裁判実務大系 第 3 卷 風俗営業・売春防止，東京：青林書院，頁 101。

此外，本罪的「使」兒童為淫行，方法若未限定，亦有違構成要件明確性的要求。日本實務認為即使行為者沒有積極的作為，但是藉由直接、間接或事實上影響力取得兒童自願性的同意而助長、促進淫行時，仍成立本罪（最判昭和 40·4·30 刑事裁判集 155·595 頁）。此時應依具體案例綜合判斷行為者與兒童的關係、助長、促進淫行行為的內容與程度、行為結果、兒童年齡與發展程度等情事。日本實務大致認為因為身分、僱用關係對於兒童具有事實上支配力時，即使沒有積極的助長、促進行為亦容易成立本罪，如果欠缺此種關係，若無積極的助長、促進行為即難認定⁹。例如中學教師提供器具並解說使用方法，勸誘學生自慰之行為（最判平成 10·11·2 刑集 52·8·505 頁），又如經常有家暴習慣養父對於養女的性交行為（東京高判平成 22·8·3 高刑集 63·2·1 頁）。

近時日本最高裁判所對於中學教師與學生性交之案例，認為本罪所稱「淫行」係指：1.阻礙兒童身心健全發展之虞的性交或類似性交行為；2.單純將兒童作為滿足自己性欲對象之性交或者類似性交行為。至於「使」兒童為淫行，除援用先前事實上影響力的見解之外，更說明應綜合判斷行為者與兒童的關係、助長、促進行為的內容與對於兒童意思影響之程度、淫行內容與發生之動機、經過、兒童年齡或該兒童所處環境具體情況等情事（最判平成 28·6·21）。因為日本實務利用「事實上影響力」限縮本罪之解釋，從而本罪實際適用時，部分類似我國刑法第 228 條之利用權勢性交猥褻罪。

（三）兒童性剝削防止法

原本日本賣春防止法不處罰買春者，惟 1999 年制定之兒童性剝削防止法（兒童買春、兒童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律），該法所稱兒童亦指未滿 18 歲之人（第 2 條第 1 項），所謂「兒童賣春」，係指對於兒童交付或期約對價而為性交等行為。使兒童賣春者，得處 5 年以下有期徒刑或 300 萬日圓以下罰金。從而，未提供或期約對價的兒童性交等行為，該法並不處罰。

因此，依據日本刑法、兒童福祉法與兒童性剝削防止法，對於 13 歲以上之未成年人出於自願性同意的性行為，相對人並未使用暴行或脅迫、利用事實上影響力，或者並未提供、期約性行為的對價，並不適用上述法律的規定。

二、條例之未成年人同意性行為罪

日本地方自治法第 14 條第 3 項規定除法令另有特別規定外，普通地方公共團體得規定違反條例者，處 2 年以下有期徒刑、100 萬日圓以下罰金、拘役、科料（1,000 日圓以上未滿 1 萬日圓之財產刑）、沒收或 5 萬日圓以下之罰鍰。日本各個地方自治團體即據此訂定條例之未成年人同意性行為罪，至於制定青少年保護育成條例之目的係：（一）淨化有害青少年的環境，間接影響青少年的健全發展；（二）規範有害青少年的行為，直接保護青少年的健全發展¹⁰。

日本於二次大戰後，由於社會環境的混亂與貧困、惡劣的家庭環境等原因造成少年

⁹ 米村俊郎（1997），青少年保護育成條例違反，收錄於：シリーズ捜査実務全書 少年・福祉犯罪，東京：東京法令，頁 262-263；廣瀨健二（1994），同註 8，頁 433。

¹⁰ 春川裕美（2013），青少年保護育成條例における淫行規定について，收錄於：早稲田社会科学総合研究 別冊 2012 年度学生論文集，東京：早稲田大学，頁 241。

犯罪行為大幅成長，為了調整社會環境並預防有害青少年的行為，1951（昭和 26）年和歌山縣首先制定包含未成年人同意性行為罪的青少年保護育成條例。迄 1955（昭和 30）年，日本政府預備提出「青少年保護育成法」草案，但是由於涉及管制有害青少年圖書與電影等問題，引發大眾傳播的強烈反彈，因而日本政府改為提出「有關排除有害青少年出版品、電影條例的參考意見」送交各個地方自治團體，進而加速各個地方自治團體的立法進度並陸續納入未成年人同意性行為罪。早期適用的案例，多為青少年相互間的性行為（例如新潟家判長岡支判昭和 40・7・13 家裁月報 18・5・101 頁，旭川家判昭和 41・7・28 家裁月報 19・1・81 頁）¹¹。至於該罪的構成要件分述如次。

（一）行為主體

係以青少年作為淫行相對人之人，多數條例訂有青少年除外適用之規定，此時即限於 18 歲以上之人¹²。例如大阪府條例第 54 條本文：「青少年不適用本條例的罰則。」（福岡縣條例第 40 條、神奈川條例第 55 條、千葉縣條例第 30 條、長野縣條例第 20 條）又如岐阜縣條例第 48 條：「違反第 23 條規定者（青少年除外），處 2 年以下有期徒刑或 100 萬日圓以下罰金。」

（二）行為客體

不問各個條例名稱為何，所稱青少年下限係指就學年齡或 6 歲以上而未滿 18 歲的未成年人，但是日本民法第 731 條規定結婚年齡下限為 16 歲而擬制為成年人，故結婚者即不適用未成年人同意性行為罪¹³。

（三）實行行為

1. 立法例

多數條例規定：「任何人不得對於青少年為淫行或猥褻之行為。」（福岡縣條例第 31 條第 1 項、香川縣條例第 16 條、北海道條例第 31 條第 1 項）或者「任何人不得對於青少年為淫亂性行為或猥褻之行為。」（岐阜縣條例第 23 條、神奈川條例第 31 條第 1 項）較為特別者，例如：

- （1）神奈川條例第 31 條第 3 項：「第 1 項所稱之淫亂性行為，係由具有健全常識的社會一般人觀察，並非以結婚作為前提而單純滿足欲望之性交行為；同項所稱之猥褻之行為，係指刺激或使興奮自己性欲，且對於具有健全常識的社會一般人而言，造成性的羞恥感之行為。」
- （2）京都府條例第 21 條第 1 項：「任何人不得對於青少年提供或期約金錢、其他財產上利益或職務，或者利用精神、知識的未成熟或情緒的不安定，而為淫行或猥褻之行為。」
- （3）大阪府條例第 34 條第 1 款與第 2 款規定：「任何人不得為下列行為：一、提供或期約金錢、其他財產上利益、勞務或職務，而對於青少年為性行為或猥褻之行為（但是該當兒童性剝削防止法第 2 條第 2 項的行為除外）。二、專門滿足性的欲

¹¹ 安部哲夫（2000），青少年保護育成條例による淫行規制の變遷と将来，收錄於：宮沢浩一先生古稀祝賀論文集 第 3 卷，東京：成文堂，頁 329-332。

¹² 藤宗和香，同註 6，頁 321。

¹³ 藤宗和香，同註 6，頁 321。

望之目的而以威迫、欺罔或使困惑方法，而對於青少年為性行為或猥褻之行為。」

- (4) 千葉縣條例第 20 條第 1 項：「任何人對於青少年，除以誘惑、脅迫、欺罔或使困惑等利用身心未成熟的不當手段之外，不得單純將青少年作為滿足自己性欲對象而為性行為或猥褻之行為。」
- (5) 長野縣條例第 17 條第 1 項：「任何人不得對於青少年利用脅迫、欺罔、使困惑或其困惑情況而為性行為或猥褻之行為。」

2. 實務見解

依據日本以往的道德與倫理觀念，對於未滿 18 歲的婚外性行為明顯具有反倫理性；其次，社會一般經驗也認為此種行為在精神、肉體方面有害於未成年人的身心健全發展，但是現今日本有關性的道德與倫理觀念已經發生重大變化，因此自從條例陸續立法之後，日本實務即由不同方向進行限縮解釋¹⁴。原本（舊）福岡縣條例第 10 條第 1 項規定：「任何人不得對於青少年為淫行或猥褻之行為。」時年 26 歲被告雖然知悉相對人未滿 18 歲而仍然發生性行為，第一審與第二審法院均認為被告行為該當「淫行」要件，課處被告 5 萬日圓罰金。其後，被告主張基於結婚為前提的真摯合意之性行為，如果全部一律處罰，範圍不當的過度廣泛；其次，所謂「淫行」的定義不明確，具有處罰全部未成年人性行為的危險性，主張前開條例違反日本憲法第 11 條（保障基本人權）、第 13 條（尊重個人，追求生命、自由與幸福的權利）、第 19 條（思想與良心的自由）與第 21 條（表現自由）之規定，因而上訴最高裁判所。其後，最高裁判所 1985（昭和 60）年 10 月 23 日大法庭判決（刑集 39・6・413 頁，下稱昭和 60 年大法庭判決）表示：

- (1) 前開條例係以保護青少年健全發展為目的（第 1 條第 1 項），除依其他法令具有成年人相同能力者外，所謂青少年係指小學就學之時起至 18 歲（第 3 條第 1 項）。其中，第 10 條第 1 項規定：「任何人不得對於青少年為淫行或猥褻之行為。」違反者處 2 年以下有期徒刑或 10 萬日圓以下罰金（第 16 條第 1 項），但是青少年違反者不處罰（第 17 條）。第 10 條第 1 項與第 16 條第 1 項規定（下稱本案規定）之趣旨，係因一般青少年身心尚未成熟與發育程度不均衡，精神尚未具備充分的安定性，容易因為性行為而受到精神上的創傷；其次，慮及此種創傷回復困難等情事，基於青少年健全發展之目的，以青少年做為對象的性行為之中，若有妨礙其發展之虞，此種行為依據社會通常觀念明顯具有應受非難的性質而有禁止之必要。
- (2) 依據本案規定之趣旨與文理，第 10 條第 1 項所稱之「淫行」，解釋上並非一般對於所有青少年的性行為，除了相當於誘惑、脅迫、欺罔或使困惑等利用身心未成熟的不當手段而實行之性交或者類似性交行為之外，解釋上單純將青少年作為滿足自己性欲對象之性交或者類似性交行為亦屬相當。
- (3) 如果「淫行」係指一般對於所有青少年的性行為，不僅沒有增加「淫行」用語本身的意義，而且例如已經締結婚約的青少年或者類似真摯交際關係青少年相互之間的性行為等，依據社會通念難以認為作為處罰的行為，此種解釋明顯的過於廣泛；其次，所謂「淫行」解釋為單純反倫理或者不純的性行為，也不能免於構成

¹⁴ 藤宗和香，同註 6，頁 321。

要件不明確的批評。從而，藉由前述規定之文理而可能合理導出的解釋範圍之內，前述的限定解釋係屬相當。此種解釋對於具有通常判斷能力的一般人而言亦能理解。本案規定之「淫行」依據前述解釋時，不能認為處罰範圍過度廣泛或者不明確，從而本案規定並未違反日本憲法第 31 條（正當法律程序原則），而且違反日本憲法第 11 條、第 13 條、第 19 條與第 21 條規定的主張亦不能採用。

（四）知情

或許為了避免行為人以不知對象為青少年為理由而脫免刑罰，某些地方立法訂有特別規定，例如北海道條例第 65 條：「不得以不知青少年年齡為由而免於處罰，但是不知青少年年齡並無過失時，不在此限。」（福岡縣條例第 38 條第 7 項、岐阜縣條例第 55 條、香川縣條例第 27 條、大阪府條例第 52 條、長野縣條例第 19 條第 3 項）原則上行為者於行為時應知悉相對人未滿 18 歲，但是依據具體案情無法一概而論，僅能藉由行為人與相對人認識的經過、行為者身分與立場等情況綜合判斷。依據此種立法，從而行為者如有過失仍成立未成年人同意性行為罪，但是將欠缺年齡認識者與具有年齡認識者相同處罰不無疑問，故有認為至少應該限定於重大過失¹⁵。

未成年人同意性行為罪之法定刑多為 2 年以下有期徒刑或 100 萬日圓以下罰金（福岡縣第 38 條第 1 項第 1 款、岐阜縣條例第 48 條、香川縣條例第 22 條、大阪府條例第 47 條、北海道條例第 57 條、神奈川條例第 53 條第 1 項、千葉縣條例第 30 條第 1 項、長野縣條例第 19 條第 1 項）。亦有 1 年以下有期徒刑或 50 萬日圓以下罰金（京都府條例第 31 條第 1 項）。

參、其他國家法制概要

一、美國

美國學說認為對於一定年齡以下未成年人的性行為，不問是否同意一律處罰規定，稱為「法定強制性交」(statutory rape)。此因妊娠、性病、欠缺成熟判斷能力造成身體、心理的惡害而有保護的必要（C. Carpenter, *On Statutory Rape, Strict Liability and the Public Welfare Offense model*, 53 Am. U. L. Rev. 313, 334 (2003)）。美國實務認為未成年人雖然具有性行為的隱私權，但是基於防止性的干涉（interference）與身體、心理的惡害觀點，對於未滿 16 歲者的性行為仍有違法性，州政府有權保護不可避免易於遭受他人性行為侵害者的健康、安全和福利，因此處罰對於未滿 16 歲者實行性行為之規定，具有正當利益（*Jones v. State*, 640 So. 2d 1084 (Fla. 1994)）。至於未成年人的年齡，各州規定並不一致，例如紐約州刑法規定：（一）未滿 11 歲或者未滿 13 歲而行為者 18 歲以上者，係 B 級重罪（第 130.35 條，25 年以下有期徒刑）；（二）未滿 15 歲而行為者 18 歲以上者，係 D 級重罪（第 130.30 條，7 年以下有期徒刑）；（三）未滿 17 歲而行為者 21 歲以上者，係 E 級重罪（第 130.25 條，4 年以下有期徒刑）¹⁶。

¹⁵ 藤宗和香，同註 6，頁 326。

¹⁶ 樋口亮介（2015），アメリカにおける性犯罪規定，刑事法ジャーナル 45:48。

美國 2014 年模範刑法典草案說明，早期美國各州立法認為法定強制性交罪的年齡係未滿 10 歲，但是 20 世紀中葉之後，多數立法均提高 1 至 2 歲，某些特別例外甚至提高到未滿 17 歲或 18 歲。所有立法均將對於稚齡者的性行為罪刑化，但是少數立法將青春前期（第二性徵是指人類在青春前期以後男性與女性的身體、心理變化）之前的年長未成年人視為稚齡者，多數立法認為行為者與相對人具有相當年齡差距屬於較不嚴重的犯罪行為，或者結合上述二種方式，依據行為者與相對人的年齡差距，以及行為的嚴重性分級處罰。法定強制性交罪具有多重立法目的，主要包括避免懷孕、性行為可能發生的潛在情緒影響、保護未成年人免受不必要的親密關係，威嚇或性剝削。此種保護的必要性程度，依據行為者與相對者的年齡而有很大的差別。青春前期前的稚齡者顯然欠缺同意性行為的能力，社會一般認為成年人與年長未成年人對於稚齡者的性行為明顯無法接受且具有危險性。因此，模範刑法典認為此種行為視同強制性交。相比之下，在青春前期開始後的未成年人即使可能缺乏心理學、情緒和生理風險知識，但是通常開始經歷強烈的性吸引感覺，並且基本理解性交的生理特徵。因此，刑事制裁的適當範圍應該取決於更細微的判斷，必須更為嚴重始得適當的制裁。從而，模範刑法典的法定強制性交罪僅限於受害者非常年輕的情況。此外，該罪處罰依據係對於青春前期之前稚齡者的性行為具有不能容許的危險，但是實質的判斷證明有所困難，為了對於行為者公正的告知，應該依據年齡劃定形式的界限，慮及半數的稚齡者在 10 歲即開始第二性徵期，但是仍有不少 12 歲以前尚未開始第二性徵期的稚齡者，故應以未滿 12 歲作為處罰之界限（第 213.1 條（1）（c）（i））。此外，未滿 15 歲而行為者年齡超過 4 歲以上，模範刑法典亦認為成立犯罪（第 213.2 條（3）（b））¹⁷。

二、英國

英國 2003 年性犯罪法（Sexual Offences Act 2003）可以大別為不同意犯罪與對於脆弱者者犯罪等二大類型，關於未成年人的同意性交罪，又可分為：（一）對於未滿 13 歲者的性交罪（第 5 條及第 6 條，法定刑為無期徒刑），此外尚有對於未滿 13 歲者之性的意圖接觸（intentionally touches）罪（第 7 條，法定刑為 14 年以下有期徒刑，簡易程序為 6 個月以下有期徒刑或最高罰金刑）；（二）18 歲以上者對於未滿 16 歲者意圖性的接觸，且行為者無合理理由認為相對人 16 歲以上或相對人未滿 13 歲（第 9 條，法定刑為 14 年以下有期徒刑，簡易程序為 6 個月以下有期徒刑或最高罰金刑【性交行為不適用】）；（三）未滿 18 歲者犯第 9 條之罪（第 13 條，法定刑為 5 年以下有期徒刑，簡易程序為 6 個月以下有期徒刑或最高罰金刑）。對於後二種犯罪類型，立法理由說明不允許成年人對於特定未成年人發生性行為，故有明確警示的必要性；其次，未滿 18 歲者罪刑化的原因係未成年人的同意性行為，也可能產生強制、剝削的情況¹⁸。

¹⁷ Model Penal Code: Sexual Assault and Related Offenses Tentative Draft No. 1, http://jpp.whs.mil/Public/docs/03_Topic-Areas/02-Article_120/20140807/03_ProposedRevision_MPC213_Excerpt_201405.pdf（最後瀏覽日：2016 年 1 月 1 日）。

¹⁸ 仲道祐樹（2015），イギリスにおける性犯罪規定，刑事法ジャーナル，45：31-32。

三、加拿大

加拿大刑法第 151 條 (sexual interference, 性的干涉) 規定, 基於性之目的而對於未滿 16 歲者使用身體一部分或直接或間接接觸者, 法定刑係 1 年以上 10 年以下有期徒刑, 簡易審判為 90 日以上 18 個月以下有期徒刑。但是係 12 歲以上未滿 14 歲而行為者年齡未超過被害人 2 年以上, 且對於被害人沒有信用或威權的地位 (trust or authority towards)、依存關係或者剝削 (exploitative) 可能性, 不罰; 其次, 14 歲以上未滿 16 歲而行為者年齡未超過被害人 5 年以上, 且對於被害人沒有信用或威權的地位、依存關係或者剝削可能性時, 不罰 (第 150.1 條第 2 項及第 2.1 項)。此外, 加拿大責任能力的下限係 12 歲, 但是未滿 14 歲者犯性的干涉罪時, 不追訴 (第 150.1 條第 3 項)。除非已經採取所有合理方法確認年齡, 不得以年齡錯誤為由而不成立第 150.1 條第 2 項及第 2.1 項 (第 150.1 條第 6 項)。該國處罰對於未成人人性行為之目的, 係保護未成人人性的完整性 (sexual integrity) 以及精神發育未成熟而欠缺同意能力, 至於立法方式係考量:

- (一) 未成人人成為性行為之行為客體產生的不當影響, 由未滿 12 歲迄 16 歲逐漸減少;
- (二) 對於性行為依據自我判斷而防衛的困難性, 亦由未滿 12 歲迄 16 歲逐漸減少;
- (三) 綜合上述二點, 未滿 12 歲是絕對保護年齡, 其後依據需要保護的類型與範圍分層規定¹⁹。

四、法國

法國刑法的強制性交罪, 係對人以暴力、強制、脅迫或突然襲擊而性交為構成要件 (第 222-23 條, 法定刑係 15 年以下有期徒刑), 但是成年人即使未以暴力、強制、脅迫或突然襲擊而對於未滿 15 歲者性交, 仍成立性的侵害罪 (atteintes sexuelles, 第 227-25 條, 法定刑係 5 年以下有期徒刑或科或併科 7 萬 5 千歐元以下罰金)。本罪的被害人係未滿 15 歲之未成人, 行為主體限於成年人 (18 歲以上)。此種犯罪, 即使被害人同意, 其同意並無法律上意義, 視同利用被害人的弱勢而性交。此外, 另有成年人未以暴力、強制、脅迫或突然襲擊而利用尊親屬、法律或事實上權威對於 15 歲以上未成人 (即未滿 18 歲) 性交之犯罪 (第 227-27 條, 法定刑係 3 年以下有期徒刑併科 4 萬 5 千歐元以下罰金), 該罪係考量被害人對於行為主體難以基於自由意志而同意²⁰。

五、德國

德國刑法第 176 條第 1 項規定, 對於未滿 14 歲者實行性行為者, 處 6 個月以上 10 年以下有期徒刑。該罪保護法益是未滿 14 歲者健全的性發展 (BGHSt 38,68; BGHSt 45, 31)²¹。

¹⁹ 和田俊憲 (2015), カナダ刑法における「性犯罪」への対応, 刑事法ジャーナル, 45:112-115。

²⁰ 金塚彩乃 (2015), フランスの性犯罪に関する立法, 刑事法ジャーナル, 45:127-128。

²¹ 佐藤陽子 (2015), ドイツにおける性犯罪規定, 刑事法ジャーナル, 45:88。

六、瑞士

瑞士刑法認為性犯罪之保護法益是性的自己決定權（基本人格權），以及未成年人之性的發展。其中，瑞士刑法第 187 條第 1 項規定，對於兒童（未滿 16 歲）為性行為、誘惑為性行為或者使其涉及性行為者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。但是參與性行為者之間，年齡未超過 3 年者不罰（第 2 項）。行為者行為時或最初行為時未滿 20 歲，且有特別情事，或者行為者與被害人已有配偶或登記伴侶關係時，得不移送刑事追訴機關、法院或不罰（第 3 項）。行為者誤認係 16 歲以上者，如行使適當注意義務即能迴避誤信時，處 3 年以下有期徒刑或罰金（第 4 項）。1992 年瑞士刑法修正之際，由於德國與奧地利對於未成年人的保護年齡均係未滿 14 歲，故有相關的爭論，但是最終如同舊法仍維持未滿 16 歲。此外，該條所稱性行為，無須考慮對於行為者與被害者的意義，只要外觀明顯涉及性的行為即為已足，此因本條係以未成年人之性的發展做為保護法益，是否滿足行為者或第三者的性欲在所不問，只要行為與「性」具有直接關連性即可，從而本罪係抽象危險犯。同條第 1 項所謂「使其涉及性行為」，例如使未成年人成為他人性行為的觀察者。至於同條第 3 項的「特別情事」，例如雖然參與者年齡超過 3 年而不適用同條第 2 項，但是具有真實的戀愛關係。（Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I (2010), S.164, 166）²²。

七、奧地利

奧地利刑法有關性犯罪的思考模式類似德國刑法，大致上區分為：（一）壓制被害人抵抗意思的性犯罪（強制行為），例如強制性交罪；（二）對於未成年人或者不能抵抗、精神障礙者的性犯罪，處罰範圍限於利用被害人脆弱性的犯罪類型。奧地利刑法採取此種見解的背景，係認為性行為本身即屬具有社會相當性，從而違反參與者意思時，即有極為重大的社會侵害性。不過，英美法系認為依據違反被害人意思而直接認定性行為的惡害性，但是奧地利刑法認為「是否違反被害人意思」作為構成要件極不明確，基於構成要件明確化之要求，僅處罰使用強制手段以及利用被害人脆弱性等二種性犯罪行為（Vgl. Susanne Reindl-Krauskopf, 44/SN-98/ME XXV. GP (Stellungnahme zu Entwurf), 16.）。其中，奧地利刑法第 206 條第 1 項規定，企圖（Unternehmen）對於兒童（未滿 14 歲）性交或視同性交之行為者，處 1 年以上 10 年以下有期徒刑。本罪的保護法益是未成年人之性的完全性，並非以違反意思活動、意思決定而侵害性的完全性作為保護法益，除了保護身心脆弱者之外，另外亦考量未成年人的健全成長。所謂企圖，至少需有性器官接觸，否則依據奧地利刑法第 15 條第 1 項，所有的故意未遂犯均應處罰（Vgl. Fabrizio, StGB und ausgewählte Nebengesetze, Kurzkomentar, 11. Aufl. (2013), §206 Rz. 2.）。此外，同條第 4 項規定，行為者年齡未超過未成年人 3 年以上，而且未成年人於行為時係 13 歲以上，不罰。此項規定係考量未成年人相互之間因為戀愛等原因而發生性行為的情況並不罕見，從而一定範圍內的性行為並不處罰，解釋上屬於人的阻卻處罰事由（EBRV 1230

²² 深町晋也（2015），スイス刑法における性犯罪規定，刑事法ジャーナル，45：112-115。

肆、檢討與比較

一、性的自己決定權之界限

刑法的首要（社會）控制機能，解釋上係法益保護，通常犯罪行為亦即違反社會倫理秩序的行為，但是單純性的不道德行為（例如成年人的性交易），雖然違反社會倫理秩序卻無法確認個人被害法益的情況，向來有積極的道德主義（moralism）與消極的功利主義（utilitarianism）之對立，前者認為刑法的任務是維持社會倫理秩序，後者基於功利主義的尊重個人內心道德之自由主義立場，John Stuart Mill（1806--1873）表示：「文明社會違反其成員意願而正當行使權利之唯一目的，即為防止其他成員受到侵害。」從而法益保護說即以功利主義做為依據，而且刑法是控制社會的最後手段，只有其他社會控制手段難以預防犯罪時，始能使用（刑法的謙抑性、補充性）。相反地，依據社會倫理維持主義前提即為國家是倫理的源泉的國家主義觀點，難以避免國家根據自己倫理價值強迫國民接受的危險。然而，此種情形處於價值觀念對立，什麼是正義難以明言的現代多元社會並非民眾期望。違反倫理的行為，僅因違反倫理而加以處罰，也是對近代社會的共同價值觀之「個人自由」、「個人尊嚴」的威脅。利用刑法強制推行道德，反而導致侵害「個人尊嚴」倫理（社會道德）的可笑結果。不過，道德主義有主張國家強制實施道德目的（積極的道德主義），也有認為國家在不違反個人尊嚴理念的限度之內，就應當允許（消極的道德主義）²⁴。

在沒有侵害他人而是侵害本人的情況，為了保護本人的利益，國家也要加以干涉，即為家長主義（paternalism）。個人即使判斷錯誤，也應該從錯誤之中不斷學習，提高判斷能力，形成綜合人格，最終完成其自律和個性，從而全面承認家長主義並不適宜。但是，複雜的現代社會之中，自己並不一定是「最好的判斷者」，對於一定範圍，特別是社會經濟的弱者亦應加以保護。當然，在一定限度之內承認家長主義，仍須依據侵害他人作為對象之侵害原理，例外考慮侵害自己作為對象之家長主義；其次，家長主義可以區分為「強烈的家長主義」（較強意義的家長主義）和「緩和的家長主義」（較弱意義上的家長主義，又稱為基於德行【beneficence】的干預原理）。前者認為，即便是完全具有判斷能力的人，也要介入被干涉者完全自由的選擇與行為；後者認為，只能干涉判斷能力不充分者的不完全自由選擇和行為。從後述的自己決定權的利益在於尊重自律判斷，從而不應支持強烈的家長主義，而認可後者的要件係：（一）本人的自律判斷明顯不充分；（二）防止此種行為所得利益逾於喪失自律性造成的不利益。基於德行的干預的原理，對於散布猥褻物品罪和保護青少年等問題，有重要意義²⁵；再者，刑法考慮自己決定權，一方面係行為人（犯罪者）的自己決定，另一方面為被害人的自己決定。就

²³ 深町晋也（2016），オーストリア刑法における性犯罪規定，立教法務研究，9：20-21、41-44。

²⁴ 曾根威彦（2001），刑法学の基礎，東京：成文堂，2001年，頁23-26。

²⁵ 曾根威彦，同前註，頁26-28。

後者而言，雖然自己決定的自由屬於憲法權利，亦為刑法的基本原理，但是基於侵害原理與緩和的家長主義，並非完全沒有限制：(一)違反他人意思且有危害他人之虞；(二)自己決定權限於具有「成熟判斷能力者」，基於欠缺此種能力（無責任能力人）而言，基於緩和的家長主義，為了保護本人的利益，國家公權力可以在一定範圍內進行干涉；(三)另外基於保護最重要法益即人的生命觀點，即使具有成熟判斷能力者的意思決定亦應受到限制²⁶。從而，論者指出成年人不可過度侵犯未成年人自我決定權，只有影響其未來自我發展時，基於成人之推測而有積極介入將未成年人導回健全的範疇內，所謂健全成長是指在不逾越社會容忍的臨界點內尊重未成年人之自我成長權，國家及社會只是居於從旁協助、輔導的角色²⁷。此種觀點也是依據緩和的家長主義。

日本在二次大戰後立法的未成年人同意性交罪，原先目的即為維護未成年人的性道德，亦即基於維持社會倫理秩序之積極的道德主義思想，但是此種見解難以符合刑法的法益保護基本理念。因此，最高裁判所昭和 60 年大法庭判決即說明：「一般青少年身心尚未成熟與發育程度不均衡，精神尚未具備充分的安定性，容易因為性行為而受到精神上的創傷」。所以現今該罪的處罰依據，已經改為干涉判斷能力不充分者的不完全自由選擇和行為，也就是緩和的家長主義。但是問題在於，欠缺成熟判斷能力的界限為何？除了刑法的無責任能力人（日本刑法亦為未滿 14 歲），限制責任能力人應否一併加以保護（日本刑法亦為未滿 18 歲）？論者有謂限制性的自己決定權之理由，應僅限於明顯具有「被害性」的情況，例如：(一)基於欺罔、威迫行為或受到困惑而同意；(二)類似性交易等有害於性的情緒性、人格德性等情況；(三)負有保護立場者利用其地位²⁸。

另有認為對於性的自己決定權之犯罪行為，比較各國立法例對於被害者年齡，可以分為：(一)絕對的禁止年齡，稚齡者的同意欠缺自己決定意思能力，發生性行為全部成立犯罪的年齡階段，亦即原則對於稚齡者禁止性行為，也不承認稚齡者之性的自己決定權。此因稚齡者無法或者難以理解性行為，而且判斷能力亦有問題，此階段的性行為也會造成稚齡者未來強烈的影響；(二)相對的禁止年齡：僅限於一定範圍內進行處罰，此時依據未成年人的身體、精神成熟程度，應該允許一定程度的性行為，但是自己決定的能力尚未完全，特別利用利益誘惑、優越地位或者濫用權限等情況，仍應特別的加以保護。至於相對禁止年齡在立法之際，應該考量：1.年齡的範圍，例如 16 齡或者 18 歲，抑或區分兩者分別規定；2.保護關係的內容，特別是基於教育關係；3.是否基於委託或者特別的信任關係；4.有無濫用權限或者利用詐術、威迫等不正當的影響；5.行為者是否是未成年人等²⁹。

固然基於欺罔、威迫、權勢、保護關係等原因，可以認為未成年的同意能力易於受到影響而發生性行為，但是即使沒有干擾因素，何種年齡範圍內的未成年人具有完全之

²⁶ 曾根威彥，同註 24，頁 52-53。

²⁷ 盧映潔（2008），兩小無猜是原罪？--刑法第 227 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，152：223。

²⁸ 安部哲夫（1985），青少年の性的保護と刑事規制の限界--「青少年保護育成条例」を中心，刑法雜誌，26(3・4)：560。

²⁹ 齋野彥弥（2003），立法問題としての性的自己決定の保護，現代刑事法，47：24-25。

同意能力？即使具有完全之同意能力，未成年人的身體、心理是否因而導致不當影響，有以刑法加以保護之必要？論者主張應該根據國人的平均生理、心理發展成熟度，參酌未成年人從家庭、學校及社會接收性知識訊息的管道與機會，再考量他人對於未成年人進行性活動可能造成的生理傷害以及心靈烙印程度，訂出年齡標線，並且在青少年部分加上手段之區別，以此劃分出刑度輕重之立法設計³⁰。此項問題，涉及其他的專業領域，並非本文所能解答（參閱本期「從兒童性侵害案件看兒童性同意權與證述能力」一文）。此外，其他國家的立法也未必可以做為參考，僅以身體發育為例，各國之間恐怕即有極大的差異，例如 12 歲的絕對禁止年齡或許可以適用於美國，但是應該無法適用於我國。此外，觀察前述各國立法例，即可發現相當的差異性，各國對於未成年人性行為的處罰依據，或係單純認為欠缺性的自行決定權，或者另外加入性的健全發展，因此具體的年齡與法定刑並不相同³¹。因此，以下僅能利用日本與其他國家立法之比較，藉以摸索未來可能的思考方向。

二、可能的思考方向

（一）行為主體與行為客體

綜觀各國對於未成年人性行為的刑事規範，單純規定行為客體年齡的立法反而比較少見（我國分為 14 歲與 16 歲【但行為主體未滿 18 歲者得減免刑罰】，德國係 14 歲），多數立法例除了絕對的保護年齡之外（日本未滿 13 歲、美國紐約州未滿 11 歲、英國 13 歲、加拿大 12 歲），反而將行為主體與行為客體聯結，僅有超過一定年齡差距始科處刑罰或者依據年齡差距而科處相異的法定刑，例如：

1. 日本（部分條例）：行為者 18 歲以上。
2. 美國（紐約州）：未滿 13 歲而行為者 18 歲以上、未滿 15 歲而行為者 18 歲以上、未滿 17 歲而行為者 21 歲以上。
3. 英國：未滿 16 歲而行為者 18 歲以上、未滿 16 歲而行為者未滿 18 歲。
4. 加拿大：12 歲以上未滿 14 歲而行為者年齡未超過 2 年以上、14 歲以上未滿 16 歲而行為者年齡未超過受害者 5 年以上。
5. 法國：未滿 15 歲而行為者 18 歲以上。
6. 瑞士：未滿 16 歲而行為者年齡未超過 3 年以上。
7. 奧地利：14 歲，但是 13 歲以上而行為者年齡未超過 3 年以上，不罰。

為何多數國家採取聯結行為主體與行為客體的立法方式，一方面係因未成年人依據年齡而身心發展不同，保護的必要性與程度亦應加以區別。例如對於日本的未成年人同意性交罪，論者指出依據未成年人年齡範圍限制其自己決定權，應限於其精神發展階段未逾合理限度範圍之內。日本的婚姻年齡下限係 16 歲，從而限於未滿 16 歲的見解具有合理性，但是未成年人結婚需經親權者之同意（日本民法第 737 條），並未完全承認自

³⁰ 盧映潔（2010），「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，186：172。

³¹ 刑事比較法研究グループ，比較法からみた日本の性犯罪規定，刑事法ジャーナル，45：169。

己決定權，故限於未滿 18 歲的見解具有妥當性³²。但是行為客體係未滿 18 歲者，但是小學生與 17 歲之人差異極大，無法完全限定違法行為的內容³³。因此，谷口正孝法官於昭和 60 年大法庭判決的反對意見亦指出：「本條例對於年長青少年（例如 16 歲以上，下稱年長青少年）與年少少年的性行為作相同的處理，但是現代的年長青少年不僅身體發育更為良好，性知識亦達相當程度，如果對於全部禁止對於年長青少年的性行為，是利用公權力不當干涉性的自由，並非適當的處罰規定。」換言之，如同加拿大刑法之立法理由，應考量「未成年人性行為產生的不當影響」。

其次，成年人對於未成年人，或者年長未成年人對於年少未成年人的性行為為何具有違法性？昭和 60 年大法庭判決認為：「單純將青少年作為滿足自己性欲對象之性交或者類似性交行為」，亦有處罰必要性。此因未成年人判斷能力不足，行為者與未成年人之間未具對等性，從而將未成年人貶低為解消個人性欲工具的性行為可能視為應該處罰的行為。基於性關係的當事人對等性之前提要件，此種輕視未成年人人格尊嚴的性行為，有害於未成熟者的身心健全。至於具體的判斷標準，不僅是有無以結婚作為前提的真摯戀愛關係，此外未成年人的年齡、未成年人與行為者的年齡差距（兩者差距過小時，立場有互換的可能性，從而多數條例規定青少年除外適用的規定具有合理性，但是 17 歲者與 13 歲者之間，已有相當年齡差距且判斷能力優劣明確的情況【仙台高判平成 16・10・29 家裁月報 57・6・174 頁】也排除適用，反而可能在刑法立法規定）、是否關心性行為以外的關係等情況，而可以肯定處罰之必要性³⁴。因此，牧圭次法官於昭和 60 年大法庭判決的協同意見亦指出：「完全將青少年作為滿足自己性欲工具目的之性行為，顯著違背保護、育成青少年的精神，依據一般社會通常觀念仍然無法容許而具有可罰性。是否屬於此種型態的性行為，依據相對人與青少年的年齡、發生性行為的經過與行為時的情況，對於一般具有健全社會常識社會人士而言，判斷並沒有特別的困難性。」換言之，如同加拿大刑法之立法理由，應考量「未成年人對於性行為依據自我判斷而防衛的困難性」。刑法第 227 條之 1 立法理由即謂：「年齡相若之年輕男女，因相戀自願發生性行為之情形，若一律以第 227 條之刑罰論處，未免過苛。」亦考量當事人的年齡差距程度。

（二）行為情況

不過，如果具有一定的情感關係而該當構成要件是否仍有處罰之必要性？刑法第 227 條之 1 立法理由認為處罰相戀自願發生的性行為未免過苛。相同的，昭和 60 年大法庭判決表示：「已經締結婚約的青少年或者類似真摯交際關係青少年相互之間的性行為」，並無適用之餘地。類似的概念例如瑞士刑法之雙方具有真實戀愛關係的「特別情事」不成立犯罪，或者事後成為配偶關係不罰。

（三）知情

日本部分條例有關年齡知情之規定，亦可見於其他國家立法，例如瑞士刑法之行使適當注意義務即能迴避誤信，英國之行為者無正當理由認為相對人 16 歲以上，或者加

³² 齋野彥弥（2003），立法問題としての性的自己決定の保護，現代刑事法，47:23。

³³ 深町晋也（2016），児童に対する性犯罪規定を巡る現状と課題，法律時報，88(11):76。

³⁴ 深町晋也，同前註，頁 77。

拿大之採取所有合理方法確認年齡等。不過，此種立法涉及是否處罰過失犯的問題，似有再行研求之必要。

伍、結語

我國刑法規定，未滿 14 歲之稚齡人身心發展尚未成熟，欠缺同意能力或性自主判斷力，而 14 歲以上未滿 16 歲之幼年人心智發育未臻健全，欠缺完全性自主的判斷能力。但是 18 歲以下之人基於性衝動之驅策，考量法律不乎人情，特設減免刑罰之規定³⁵。惟若幼年者或者 17 歲與 15 歲未成年人相互間基於一定情感關係的性行為，仍然成立犯罪，此種行為罪刑化是否具有社會相當性？似不無疑問。基於緩和的家長主義，自己決定權限於具有「成熟判斷能力者」，為了保護欠缺此種能力之人，國家公權力可以在一定範圍內進行干涉。因此，日本地方自治團體（除東京都外）均制定未成年人同意性行為罪，但是為了避免處罰範圍過度廣泛，完全禁止未成年人的性行為，除了昭和 60 年大法庭判決對於「淫行」構成要件進行限縮解釋，迴避違反構成要件明確性的質疑外，亦有排除真實戀愛關係成立犯罪的功能。此外，多數條例亦限制行為主體係 18 歲以上之成年人，慮及未成年人判斷能力不足，行為者與未成年人之間未具對等性，因而亦有保護未成年人的必要性。但是日本立法僅僅單純限制行為主體，並未考量行為主體與行為客體的年齡差距，例如 18 歲與 17 歲的單純性行為，依日本法律成立犯罪，但是我國與本文所列國家均未成立犯罪。又如 17 歲與 13 歲的單純性行為，依日本法律不成立犯罪，但是我國與英、法、德、瑞、奧均成立犯罪。因此，如何劃定適當的處罰界限確實相當困難。其實本項問題，尚有無盡的文獻與實證研究待考，未來尚有待繼續努力。

³⁵ 甘添貴（2010），刑法各論（下），臺北：三民，頁 268；林山田（2006），刑法各罪論（上冊），臺北：自刊，頁 246-248。