

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

112年度侵上訴字第127號

上訴人

即被告 丙○○

選任辯護人 楊振芳律師

上列上訴人即被告因妨害性自主等案件，不服臺灣彰化地方法院111年度原侵訴字第2號中華民國112年7月11日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署111年度偵字第10509、10010號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於丙○○部分撤銷。

丙○○對未滿十四歲之女子犯強制性交罪，處有期徒刑柒年貳月；又成年人故意對兒童犯乘機猥褻罪，處有期徒刑拾月。應執行有期徒刑柒年陸月。

犯罪事實

一、丙○○明知BJ000-A111105(民國000年0月生，真實姓名年籍詳卷，下稱甲女)為未滿14歲之女子，且為年僅滿7歲未滿12歲之兒童，竟利用經常前往彰化縣甲女住處(地址詳卷)作客之機會，分別為下列犯行：

(一)丙○○基於強制性交之犯意，於111年5月1日至6月2日間某時，在上開甲女住處內，未獲得甲女之同意而違反甲女之意願，以撫摸甲女陰部，並將陰莖進入甲女口腔內之方式，對甲女為強制性交行為1次。

(二)丙○○基成年人故意對兒童乘機猥褻之犯意，於111年6月3日3時許，在上開甲女住處客廳內，趁甲女熟睡而不能及不知抗拒，以手伸進甲女褲子裡撫摸甲女陰部，對甲女為猥褻行為1次。

二、案經甲女之父BJ000-A111104A(真實姓名年籍詳卷，下稱甲○)訴由彰化縣警察局溪湖分局報告臺灣彰化地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、證據能力部分

本判決所引用之供述證據及非供述證據，均經檢察官、上訴人即被告丙○○（下稱被告）及其辯護人，同意具有證據能力（見本院卷第84頁），本院審酌各該證據作成之情況，並無違法不當之情事或顯然不可信之瑕疵，且與待證事實具有關連性，以之作為證據應屬適當，均具有證據能力。

貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由

一、訊據被告對於犯罪事實一(二)部分，坦承不諱；對於犯罪事實一(一)部分，則坦承有於上開時地，撫摸甲女陰部，並將陰莖進入甲女之口腔內而對甲女為性交行為等情，惟被告及辯護人為被告辯護均稱：甲女並沒有拒絕或反對，被告係利用甲女年幼不知抗拒，並非違反甲女意願所為等語。

二、經查，上開被告所坦承之事實，業經證人甲女、告訴人甲○、證人BJ000-A111104(甲女妹妹)、BJ000-A111104B(甲女母親)證述明確在卷，且有甲○所畫房間相對位置圖、甲女所畫房間位置圖、彰化縣政府性侵害案件訊前訪視紀錄表、性侵害犯罪事件通報表、彰化縣警察局溪湖分局蒐證照片（甲女家中照片）、彰化縣警察局勤務指揮中心受理110報案紀錄單等件附卷可稽，被告自白部分核與事實相符而足採信為真，此部分事實堪以認定。

三、被告就犯罪事實一(一)雖否認有違反甲女之意願而對甲女為性交行為，惟按刑法第227條第1項之對於未滿14歲之男女為性交罪，須行為人與未滿14歲之男女有性交之「合意」，則必須該未滿14歲之男女有意思能力，且經其同意與行為人為性交者，始足當之。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。又刑法第221條所稱「其他違反其（被害人）意願之方法」，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。於被害人未滿14歲之情形，參照聯合國「兒童權利公約」第19條第1項所定：

「簽約國應採取一切立法、行政、社會與教育措施，防止兒童（該公約所稱『兒童』係指未滿18歲之人）…遭受身心脅

迫、傷害或虐待、遺棄或疏忽之對待以及包括性強暴之不當待遇或剝削」之意旨，以及「公民與政治權利國際公約」第24條第1項：「每一兒童應有權享受家庭、社會和國家為其未成年地位給予的必要保護措施…」、「經濟社會文化權利國際公約」第10條第3項：「應為一切兒童和少年採取特殊的保護和協助措施…」等規定，自應由保護該未滿14歲之被害人角度解釋「違反被害人意願之方法」之意涵，不必拘泥於行為人必須有實行具體之違反被害人意願之方法行為。倘行為人與7歲以上、未滿14歲之男女，非合意而為性交行為，即應評價為妨害其「性自主決定」之意思自由，而均該當於前揭所稱「違反意願之方法」（最高法院110年度台上字第3789號判決意旨參照）。查：

- (一)被告於警詢時供稱：我有「叫」甲女吃（吸）我的陰莖等語（見偵10509卷第11至12頁），又甲女於被告行為當時為實際年齡僅7歲多之幼童，依其於偵查證述：叔叔（即被告）常常來我們家找哥哥他們玩，（搖頭）我不喜歡這個叔叔，他會跟我玩躲貓貓，我不喜歡他，我不知道為什麼不喜歡他，但我不喜歡他，我不喜歡叔叔來我們家，我不喜歡跟他玩躲貓貓，（問：叔叔有叫你吃什麼嗎？）（答：司法詢問員指出尿尿的地方，點頭），（問：所以叔叔有用他的小鳥放到妳的嘴巴內嗎？）（答：點頭）（問：叔叔的小鳥是男生尿尿的地方嗎？）（答：點頭）等語（見他1470卷第47、49至50頁），已能明確表示出對於被告之厭惡感，並非完全不了解情況而不知抗拒，可見甲女係被動應被告要求為之，而非出於自己同意。
- (二)再參以證人BJ1000-A111104A（即甲女母親）於偵查具結證述：從警局回來後我有問她，叔叔有沒有碰你的身體、對你幹嘛，她一開始沒有回答，我又問了第2次，有沒有碰胸部或下面，她就很不好意思的比陰部說這裡，我問哪裡，她就說尿尿的地方，我就問她被告還有沒有對她怎樣，她就說叔叔還有叫她用嘴巴吃他的「小鳥」，我在問她這件事情時她有哭等語（見他1470卷第49頁），益證被告於事發時，並未取得甲女同意或與其達成合意，而將陰莖放入其嘴巴內，甲

女才會陳稱不喜歡被告，並在其母親詢問時哭泣。復衡以被告為20餘歲適值青壯之成年男子，為常往來於家中之兄長友人，甲女平日稱呼被告叔叔，被告係居於父執輩之地位，雙方年齡、體型、社會經驗等兩相懸殊，甲女對於被告之要求雖感到不喜歡，惟顯然不知道該如何表達其不願意來拒絕被告要求之行為，故甲女未同意與被告發生性交行為甚明。從而，被告固然未實行具體之違反甲女意願之方法行為，惟被告既未經甲女同意，其與甲女非合意而為性交，所為即應評價為妨害甲女「性自主決定」之意思自由，屬「以違反意願之方法」對甲女為性交行為，被告辯稱對甲女所犯該當於乘機性交罪云云，並無可採。

四、綜上，被告就犯罪事實一(一)(二)所為，事證明確，洵堪認定，應予依法論科。

參、論罪科刑

一、甲女為未滿14歲之女子，且為7歲以上未滿12歲之兒童，有其年籍資料在卷可憑，被告亦自承知悉甲女為7歲多之兒童（見本院卷第107頁）。是核被告所為：

(一)、犯罪事實一(一)部分，係犯刑法第222條第1項第2款之對於未滿14歲之女子為強制性交罪。另按兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項規定：「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至2分之1。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定。」而刑法第222條第1項第2款就年齡要件定有特別處罰規定，依照上開規定，自無再適用兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項規定加重其刑之餘地，併予敘明。又起訴書雖記載認定被告此部分所犯為兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第225條第1項成年人故意對兒童犯乘機性交罪，然業經檢察官於本院更正起訴犯罪事實及被告犯刑法第222條第1項第2款之對於未滿14歲之女子為強制性交罪（見本院卷第79至80、102頁），並經本院告知被告已保障被告之訴訟防禦權，是無再依刑事訴訟法第300條規定變更起訴法條，亦併此敘明。

(二)、犯罪事實一(二)部分，係犯兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第225條第2項之成年人故意對兒童犯乘機猥褻罪，並應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之規定，加重其刑。

二、被告所犯上開2罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

肆、撤銷改判之理由

一、原審審理結果，認被告所犯事證明確，予以論罪科刑，固非無見。被告提起上訴，仍坦承犯罪事實一(二)部分之乘機猥褻犯行，然認原審量刑過重，請求從輕量刑；另執同前詞否認犯罪事實一(一)部分之加重強制性交犯行，請改依乘機性交從輕論處等語。查：被告否認犯罪事實一(一)部分，辯解不足採信，理由如上，惟按量刑固屬法院自由裁量之職權，然仍應受比例、公平、罪刑相當原則等法則之拘束，並非可恣意為之，致礙及公平正義之維護，必須兼顧一般預防之普遍適應性與具體個案特別預防之妥當性，始稱相當。本案被告對甲女所為強制性交，因未經甲女合意而違反其意願，惟並無對甲女施以強暴、脅迫或類此具體之違反甲女意願之方法；對甲女所為猥褻，係乘其熟睡不能及不知抗拒之際，相較犯罪情節均尚非至重大不赦程度，復審酌被告因本案任由甲○持球棒恫嚇「打死、弄死、殺死」等語，並毆打成傷，受有左側、右側尺骨、右側脛骨上端閉鎖性骨折、右小腿撕裂傷、全身多處挫傷、右手掌3、4、5掌骨骨折、腦震盪等傷害非輕（診斷證明書見偵10010卷第45頁、原審卷第139頁），雖未獲甲○賠償上開傷害犯行造成之損害，然對自己本案所犯各罪之客觀事實均未爭執逃避，迄今仍積極表達調解意願，惟經甲○、甲女母親均表明無意願（見本院卷第61、85頁），併參酌司法院妨害性自主罪量刑資訊系統之相關案件量刑，認原審對被告所犯各罪量處之刑，疏未衡酌上開情狀，以兼顧一般預防之普遍適應性與具體個案特別預防之妥當性，失之過重，尚有未當，被告上訴請求從輕，非無理由，自應由本院將原判決關於被告部分撤銷改判，且原判決所定之應執行刑，已失所依附，亦應併予撤銷。

二、爰以行為人之責任基礎，審酌甲女平日稱呼被告叔叔，被告為甲女父執輩，竟不知愛護年幼之甲女，而利用與甲女父親之表弟友好而得入住甲女住處之機會，為滿足個人性慾，對年僅7歲多之甲女違反其意願而為強制性交、乘甲女熟睡之際為乘機猥褻行為，顯然未考慮行為對甲女身體、心理之負面影響，惡性非微，犯後坦承乘機猥褻犯行，坦認對年幼甲女為性交性為之客觀事實，然辯稱未違反意願強制性交，雖多次表達極欲與甲女及其法定代理人調解之意願，然均經甲女母親拒絕（本院公務電話記錄表附於本院卷第61頁）、甲○到庭表示無調解意願（見本院卷第85頁），而迄今無法獲得諒解及彌補所造成之損害，被告並因此遭甲○毆打受有左側、右側尺骨、右側脛骨上端閉鎖性骨折、右小腿撕裂傷、全身多處挫傷、右手掌3、4、5掌骨骨折、腦震盪等傷害，兼衡卷附臺灣高等法院被告前案紀錄表所載，被告並無因案經法院判處罪刑之素行紀錄，暨其教育智識程度、工作及家庭生活經濟狀況等（見原審卷第141頁、本院卷第26、109頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。並審酌被告所犯各罪罪質相同，侵害同種法益，各行為時間間隔不長，暨犯罪行為之不法與罪責程度、各行為所反應被告之人格特性與傾向、對被告施以矯正之必要性等情狀，定其應執行之刑。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官劉智偉提起公訴，檢察官乙○○到庭執行職務。

中	華	民	國	113	年	2	月	29	日
				刑事第三庭	審判長法	官	楊	真	明
					法	官	廖	慧	娟
					法	官	陳	淑	芳

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中 華 民 國 113 年 2 月 29 日

附錄論罪科刑法條

中華民國刑法第222條

犯前條之罪而有下列情形之一者，處7年以上有期徒刑：

- 一、二人以上共同犯之。
- 二、對未滿十四歲之男女犯之。
- 三、對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之。
- 四、以藥劑犯之。
- 五、對被害人施以凌虐。
- 六、利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之。
- 七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之。
- 八、攜帶兇器犯之。
- 九、對被害人為照相、錄音、錄影或散布、播送該影像、聲音、電磁紀錄。

前項之未遂犯罰之。

中華民國刑法第225條

對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者，處3年以上10年以下有期徒刑。

對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為猥褻之行為者，處6月以上5年以下有期徒刑。

第1項之未遂犯罰之。

兒童及少年福利與權益保障法第112條

成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定。

對於兒童及少年犯罪者，主管機關得獨立告訴。