

臺灣高等法院刑事判決

113年度侵上訴字第231號

上 訴 人

即 被 告 洪正志

輔 佐 人 洪家興

選任辯護人 李岳洋律師

洪維駿律師

何勛愷律師

上列上訴人因妨害性自主等案件，不服臺灣臺北地方法院於中華民國113年9月9日所為113年度侵訴字第18號第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署112年度偵字第37532號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於洪正志罪刑宣告部分撤銷。

洪正志犯以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像罪，處有期徒刑八年。

其他（沒收）上訴駁回。

事 實

壹、洪正志於民國112年7月8日，見代號AD000-A112567號的兒童（姓名年籍詳卷，以下簡稱A童）為A童之母即代號AD000-A112567A號女子（姓名年籍詳卷，以下簡稱A母）帶至他位在新北市的居所（地址詳卷，以下簡稱本案住處）前擺攤，明知A童年僅5歲，欠缺對性自主決定及性隱私資訊的意思能力，竟基於以違反本人意願的方法，使兒童被拍攝性影像及對未滿14歲之女子為照相而強制猥褻的犯意，因天氣炎熱，經徵得A母同意，使A童進入有冷氣空調之本案住處內休息的

01 機會，獨自將A童帶往本案住處2樓，於A童表達「不要」
02 時，違反A童的意願，於同日中午12時30分左右，先伸手褪
03 去A童身著的短褲及內褲，以他的左手拇指及食指觸摸A童之
04 大陰唇的方式，對A童為強制猥褻行為，並以右手持他所有
05 如附表所示的行動電話，使用相機功能拍攝A童性器及其前
06 述對A童強制猥褻行為的性影像後，再層升為強制性交的犯
07 意，以他的左手拇指及食指撐開而觸碰A童的大陰唇內側的
08 方式，對A童強制性交未遂，又以右手持如附表所示的行動
09 電話，使用相機功能拍攝A童性器及前述對A童強制性交未遂
10 行為的性影像。其後，因A童於112年9月間向A母提及遭洪正
11 志觸摸性器一事，A母遂報警處理，經警至洪正志的本案住
12 處執行搜索後，扣得如附表所示的行動電話，才循線查悉上
13 情。

14 貳、案經A母訴由新北市政府警察局新店分局（以下簡稱新店分
15 局）報告臺灣臺北地方檢察署檢察官偵查起訴。

16 理 由

17 壹、程序事項：

18 刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5分別規定：「被告以
19 外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不
20 得作為證據」、「被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前
21 4條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審
22 酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得
23 為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有
24 第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲
25 明異議者，視為有前項之同意」。是以，本件據以認定被告
26 洪正志犯罪事實有無而屬傳聞證據的證據資料，被告、辯護
27 人及檢察官均不爭執其證據能力，本院審酌各該證據資料並
28 沒有任何違反法定程序而取得的情形，也沒有顯不可信與不
29 得作為證據的情況，因此認為適當，都認為有證據能力，應
30 先予以說明。

31 貳、被告辯稱及辯護人為他所為的辯解：

01 一、被告辯稱：

02 對於檢察官起訴的事實都承認，我確實有碰觸A童的性器，
03 但是沒有從事性交行為。

04 二、辯護人為被告辯稱：

05 (一)被告以左手拇指及食指觸摸或撐開A童陰部的行為，並不構
06 成刑法第10條第5項所明定「侵入」或「使之接合」的性交
07 要件。因為有關刑法第10條第5項「進入」、「使之接合」
08 要件的解釋，基於罪刑法定原則，不應過度擴張解釋。在判
09 斷是否構成性交行為時，仍應回歸刑法第10條第5項規定，
10 具體判斷行為人之行為是否構成「進入」、「使之接合」的
11 要件。而由照片中顯示，被告觸摸、撐開的動作是為了拍攝
12 照片，與典型性侵入行為的情狀不同，驗傷報告單亦顯示A
13 童的陰部「無明顯外傷」，則被告所為的觸摸、撐開動作，
14 尚未達到「進入」、「使之接合」的程度，實難認定被告有
15 從事性交行為，自無適用強制性交罪的餘地。

16 (二)我國立法者在設計妨害性自主罪章時，考量到被害人的各種
17 不同情況，分別設計相對應的罪名。而綜觀刑法第221條至
18 第229條，可知立法者在設計本罪章時有一定的思考層次。
19 首先應審視者是「被害人有無性意識」，第二層次再行討論
20 「被害人於行為時是否具備有效同意／不同意之能力」，第
21 三層次才檢視「被害人是否明示或默示進行性行為將『違反
22 其意願』」。因此，如果在第一層次的審查，也就是被害人
23 有無性意識的層次就無法通過，所應適用的法條就會是刑法
24 第227條，如此解釋才符合罪刑法定原則及立法意旨。在本
25 案，從A童、A母的陳述可知，A童於A母告知「不可以讓其他
26 人亂觸碰身體」觀念前，並不了解被告行為的意義為何，而
27 且A童在案發後反應與平時狀態並無不同。以上在在證明，A
28 童於本案行為時尚未具備性意識。基於前述妨害性自主罪章
29 的審查、思考順序，被告所為是構成刑法第227條之罪而非
30 第221或222條之罪，原審判決的認定與罪刑法定原則、妨害
31 性自主罪章的立法意旨有違。至於兒童及少年性剝削防制條

01 例部分，因第36條第3項的構成要件與刑法第221條皆以「違
02 反意願」為構成要件，解釋上應與妨害性自主的審查、思考
03 層次相同，則被告所成立的是兒童及少年性剝削防制條例第
04 36條第1項，而非第3項。

05 (三)被告已經與被害人成立調解，和解金已全部給付，已有刑法
06 第57條第7、10款的從輕量刑事由，原判決竟仍對於年近70
07 歲的被告量處10年的重刑，不僅與量刑趨勢系統的建議刑度
08 顯有差距，更難認此刑度與被告的罪責相對應，與憲法罪刑
09 相當原則及平等原則不符。請鈞院依法撤銷原審判決，並量
10 處適當刑度。

11 參、本院認定被告犯罪事實所憑的證據與理由：

12 一、本院於準備程序偕同檢察官、被告及辯護人整理本件不爭執
13 與爭執事項，雙方同意如下：

14 (一)不爭執事項：

15 1. A童於112年7月8日，經A母帶至被告的本案住處前擺攤。

16 2. 被告明知當時A童年僅5歲，因當日天氣炎熱，經徵得A母同
17 意，使A童進入有冷氣空調之本案住處內休息的機會，獨自
18 將A童帶往本案住處2樓，於同日中午12時30分左右，先伸手
19 褪去A童身著的短褲及內褲，以他的左手拇指及食指觸摸A童
20 之陰部的方式，對A童為猥褻行為，並以右手持他所有如附
21 表所示的行動電話，使用相機功能拍攝A童性器及前述對A童
22 猥褻行為的性影像，接續以他的左手拇指及食指觸摸A童陰
23 部，又以右手持如附表所示的行動電話，使用相機功能拍攝
24 A童性器的性影像。

25 3. 因A母於112年9月間向A童告知身體不可以隨便被人觸摸，A
26 童才向A母提及遭被告觸摸一事，A母遂報警處理。經警前往
27 被告的本案住處執行搜索後，扣得如附表所示的行動電話，
28 才循線查悉上情。

29 4. 以上事情，已經A童、A母分別證述屬實，並有新店分局採證
30 被告手機內的照片與數位鑑識報告、新北市政府警察局112
31 年12月5日函文暨數位鑑識報告等件在卷可證，且為檢察

01 官、被告及辯護人所不爭執，這部分事實可以認定。

02 (二)爭執事項：

- 03 1.被告在前述不爭執事項中，於對A童拍攝猥褻行為的性影像
04 後，有無以左手拇指及食指而撐開A童大陰唇內側而拍攝她
05 的性影像？如是，被告此部分所為是成立加重強制性交罪、
06 加重強制猥褻，還是與幼年女子為猥褻罪？
- 07 2.被告拍攝A童性影像行為是成立兒童及少年性剝削防制條例
08 第36條第3項之以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像
09 罪，還是同條第1項之罪？
- 10 3.原審量刑是否違反罪刑相當原則及平等原則，而應予撤銷改
11 判？

12 (三)綜上，被告不服原審判決提起本件上訴，而需由本院審理並
13 判斷者，在於因被告上訴意旨所引發的爭執事項，究竟有無
14 理由。以下本合議庭逐一判斷說明。

15 二、有關爭點1.部分，被告確實於對A童拍攝猥褻行為的性影像
16 後，有層升為強制性交的犯意，以左手拇指及食指撐開A童
17 大陰唇內側而拍攝她的性影像，其中撐開A童大陰唇內側的
18 行為，應成立刑法第222條第1項第2款、第2項的加重強制性
19 交未遂：

20 (一)被告於112年7月8日中午12時30分左右，有以他的左手拇指
21 及食指觸摸A童的大陰唇，並以左手拇指及食指撐開而觸碰A
22 童的大陰唇內側，再以如附表所示行動電話的相機功能使A
23 童被拍攝性影像的行為：

- 24 1.被告於案發時間、地點，先伸手褪去A童身著的短褲及內
25 褲，以他的左手拇指及食指觸摸A童之陰部的方式，對A童為
26 猥褻行為，並以右手持他所有如附表所示的行動電話，使用
27 相機功能拍攝A童性器及其前述對A童猥褻行為的性影像，接
28 續以他的左手拇指及食指觸摸A童陰部，又以右手持他所有
29 如附表所示的行動電話，使用相機功能拍攝A童性器的性影
30 像等情，已如前述不爭執事項所示。而由新北市政府警察局
31 出具的數位鑑識報告中，就如附表所示行動電話經還原的照

01 片，可知被告以如附表所示行動電話的相機功能拍攝A童性
02 器及其觸摸A童行為的性影像（不公開偵卷第175、177
03 頁），檔案已修改時間顯示為112年7月8日中午12時30分36
04 秒、43秒；另有性影像（不公開偵卷第179頁），檔案已修
05 改時間顯示為112年7月8日中午12時54分23秒。經與前述性
06 影像比對（不公開偵卷第175頁），被告左手拇指及食指的
07 角度均同，難以排除前者是擷取後者部分影像而將之放大的
08 可能性，應認被告前述觸摸A童下體及使A童被拍攝性影像的
09 行為，是於112年7月8日中午12時30分左右所為。

10 2.A童於偵訊時證稱：被告有時候是用一隻手指，有時候是好
11 幾指（用手指在陰道外面上下來回摸），這樣摸，被告手指
12 只有伸進去一點點等語（偵卷第121頁）。而依前述數位鑑
13 識報告中就如附表所示行動電話經還原的照片，被告以如附
14 表所示行動電話的相機功能拍攝A童性器及其觸摸A童行為的
15 性影像（不公開偵卷第175、177頁），顯示被告於112年7月
16 8日中午12時30分36秒以他的左手拇指及食指觸摸A童的大陰
17 唇，於12時30分43秒以他的左手拇指及食指撐開而觸碰到A
18 童大陰唇內側，足見被告確有以他的手指觸摸A童的大陰
19 唇，並以手指撐開而觸碰A童的大陰唇內側。

20 (二)被告以他的左手拇指及食指撐開而碰觸A童大陰唇內側的行
21 為，雖符合刑法所定義的性交行為，但因尚未該當「侵入」
22 或「使之接合」的要件，應僅論以性交未遂，而非既遂：

23 1.刑法於88年4月21日修正公布時增訂第十六章妨害性自主罪
24 章，其立法目的是考量該章所定性交、猥褻行為侵害的法
25 益，乃是個人性自主決定權及身體控制權；該次修正前刑法
26 將之列於妨害風化罪章，不但使被害人身心飽受傷害，且難
27 以超脫名節的桎梏，故將之與妨害風化罪章分列，自成一章
28 而為規範。據此，凡客觀上足以刺激或滿足性慾且與「性」
29 的意涵包括性器官、性行為及性文化有關，而侵害性自主決
30 定權及身體控制權者，即屬列於該章之刑法第224條所稱的
31 「猥褻行為」，並不以行為人的主觀犯意在滿足其個人的性

01 慾為必要（最高法院99年度台上字第3850號刑事判決同此意
02 旨）。妨害性自主罪章自妨害風化罪章獨立時，配合於刑法
03 第10條增列「性交」的定義，至於「猥褻」行為則未有明確
04 性的立法解釋，司法實務遂沿襲舊有的司法解釋，將性交與
05 猥褻解釋成一組排他互斥的概念。最高法院選為具參考價值
06 的109年度台上字第1802號刑事判決所稱：「刑法所指之
07 『猥褻行為』，係指除性交以外，行為人主觀上有滿足自己
08 性（色）慾之意念，而在客觀上施行足以誘起他人性（色）
09 慾之舉動或行為者，即足以當之。換言之，行為人基於滿足
10 個人性慾之主觀意念，所為性交以外之舉動或行為，依一般
11 社會通念，認為足以引起、滿足或發洩性慾之方法或手段等
12 一切情色行為，均屬刑法上所稱之猥褻行為」等意旨，即是
13 其中的適例。然而，從法益保護的觀點來看，無論是過去所
14 強調的道德風化，還是現行法所強調的性自主權及身體控制
15 權，都無法找到將兩者理解成排他、互斥的正當化理由；反
16 而應該將猥褻與性交兩者理解成包含關係，兩者的差別僅在
17 於性行為程度的不同而已，以避免保護不足的情事。又前述
18 109年度台上字第1802號刑事判決意旨認為「猥褻」行為必
19 須行為人「主觀上有滿足自己性（色）慾之意念」，顯然與
20 前述最高法院99年度台上字第3850號刑事判決意旨不同，應
21 是源自傳統性道德的背景思維，在妨害性自主罪章已獨立成
22 章，並以性自主作為保護法益時，自不應再沿襲舊有法制、
23 由司法實務自行推演而出的法律解釋。事實上，司法實務綜
24 觀刑法第10條第5項對性交定義的立法過程、法條的文義及
25 為保護個人性自主決定權的立法目的，亦認關於性交行為的
26 成立，不以行為人主觀上想要興奮或滿足性慾為必要，只要
27 行為人非基於醫療或其他正當目的而為該條文所規定的性侵
28 入行為，即屬刑法妨害性自主罪所稱的「性交」行為，不以
29 行為人主觀犯意在滿足其個人的性慾為必要（最高法院107
30 年度台上字第1614號、112年度台上字第1807號刑事判決意
31 旨參照）。猥褻與性交兩者既然是包含關係、僅有性行為程

01 度的差別，且行為主觀上必須意識到具有「性」的意涵，始
02 具有犯罪故意，本合議庭認應先從行為人行為的整體過程判
03 斷是否依其外觀具有最低限度的性關聯，全然中性或與性毫
04 無關聯的行為，縱使行為人具有性動機，亦無法評價為性交
05 或猥褻。是以，性交是猥褻的加重型態，如行為的外觀伴隨
06 著性意涵的強烈身體接觸（如性器或身體隱私部位的接
07 觸），而侵害被害人的性自主時，根本無須考慮行為人是否
08 具有此一傾向，亦不問被害人是否意識到其中的性意涵，即
09 可評價為性交或猥褻；反之，如行為外觀具有多重解讀可能
10 性（如觸摸對方臀部、將對方壓倒並坐在其身上），則應探
11 究行為人是否具有刺激或滿足自己或他人性慾的意圖，否則
12 難以斷定是否構成猥褻。

13 2. 性交是猥褻的加重型態，兩者是包含關係、僅有性行為程
14 度的差別，且行為主觀上必須意識到具有「性」的意涵，始具
15 有犯罪故意，如行為的外觀伴隨著性意涵的強烈身體接觸
16 （如性器或身體隱私部位的接觸），而侵害被害人的性自主
17 時，根本無須考慮行為人是否具有此一傾向，亦不問被害人
18 是否意識到其中的性意涵，即可評價為性交或猥褻，已如前
19 述。而區辨行為人所為是成立性交或猥褻的另一關鍵，在於
20 是否符合法定的「性交」定義。刑法第10條第5項規定：

21 「稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：

22 一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行
23 為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性
24 器、肛門，或使之接合之行為。」由其立法定義可知，性交
25 行為必須符合行為人以性器，或性器以外的身體部位或器物
26 「進入」他人性器，或至少需「使之接合」。而女性的性器
27 可分為內生殖器與外生殖器，陰道、子宮頸、子宮等均屬內
28 生殖器，外生殖器（外陰部）則包括陰阜、大小陰唇、陰
29 蒂、前庭、陰道口、處女膜外側等，凡以性器或性器以外之
30 其他身體部位或器物進入大陰唇內側的性器行為，均為刑法
31 所稱的性交行為，並非以侵入陰道為必要。然而，妨害性自

01 主罪章多數犯罪設有未遂犯，性交既遂與未遂的區分既然是
02 採接合說，亦即須性器或性器以外之其他身體部位進入，或
03 使之接合，則行為人以手「撫摸」女性被害人下體、陰蒂，
04 並用男性性器「磨蹭」女性下體，未必符合前述的「侵入」
05 或「使之接合」要件（最高法院112年度台上字第1352號刑
06 事判決意旨參照）；臺灣高等法院臺中分院112年度侵上更
07 一字第11號刑事判決本此意旨，就該案被告「以手撫摸A女
08 會陰部及陰蒂，以生殖器磨蹭A女會陰部」等行為論以強制
09 性交未遂罪，經該案被告提起上訴後，已經最高法院以113
10 年度台上字第2628號刑事判決駁回其上訴。由此可知，以性
11 器或性器以外之其他身體部位或器物進入大陰唇內側的性器
12 行為，雖均符合刑法所定義的性交行為，但如僅以手撫摸、
13 碰觸女性會陰部、大陰唇內外側及陰蒂，或以生殖器磨蹭會
14 陰部，因尚未該當「侵入」或「使之接合」的要件，應僅論
15 以性交未遂，而非既遂。

- 16 3. 刑法於88年4月21日修正公布時增訂第十六章妨害性自主罪
17 章，其中第227條立法理由敘明：「現行法（指該次修正前
18 的刑法，以下皆同）第221條第2項『準強姦罪』，改列本條
19 第1項；第224條第2項『準強制猥褻罪』改列本條第2項」，
20 以及該次修正的立法過程中，於審查會通過修正第221條的
21 說明中提及：「6、現行法第221條第2項準強姦罪係針對未
22 滿14歲女子『合意』為性交之處罰，與『強姦行為』本質不
23 同，故將此部分與猥褻幼兒罪一併改列在第308條之8（即修
24 正後的第227條第1項及第2項）」等內容，可知如行為人與
25 未滿14歲的男女合意而為性交，僅構成刑法第227條第1項的
26 對於未滿14歲之男女為性交罪。該次修法後刑法第221條第1
27 項所稱的「其他違反其（被害人）意願之方法」，是指該條
28 所列舉的強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被
29 害人意願的方法，妨害被害人的意思自由者而言，不以類似
30 於所列舉的強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當的其他強制方
31 法，足以壓抑被害人的性自主決定權為必要。據此，該條所

01 稱的「其他違反其意願之方法」，雖不以符合強暴、脅迫等
02 例示所揭示的強制手段特質為必要，但仍應妨害被害人性交
03 意願的意思自由，始足當之（最高法院102年度台上字第248
04 號刑事判決意旨參照）。又刑法第222條的加重強制性交罪
05 既以犯同法第221條之罪為基本構成要件，自仍須以「對於
06 男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法
07 而為性交者」為前提。立法者在「違反其意願」之前，例示
08 「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」等方法，也就是對被害人施
09 以不論「物理上」或「心理上」的強制或限制意願之行為，
10 不一定為有形的強制力，只要是足以證明違反被害人意願的
11 方法，即構成本罪。本罪的重點在違反意願的「方法」，之
12 所以要證明有違反意願的方法，其實正是要保護人民不會因
13 為無端的指控而入罪。而證明有無違反被害人意願而為性
14 交，必須行為人有施以如何強制或限制的具體行為，或至少
15 有利用既存的強制狀態，不論是對被害人形成物理上或心理
16 上的強制狀態均屬之。另自法益保護角度而言，刑法妨害性
17 自主罪章除了保護「性自主決定權」外，另保護「兒少身心
18 健康發展權」，亦即對於特定年齡的兒少，不論其有無意願
19 的決定權，一律加以保護，此所以刑法第227條僅以「年
20 齡」作為構成要件的原因所在，未必得一概以合意性交視
21 之。從而，刑法第222條第1項第2款所指「對未滿14歲之男
22 女犯之者」的加重條件，於判斷行為人是否實行違反被害人
23 意願的方法時，應兼顧被害人尚無行為能力或屬限制行為能
24 力，對於行為人所施以或營造的強制狀態忍受力，勢較一般
25 具完全行為能力的成年人為低，始符立法本旨（最高法院11
26 0年度台上字第5687號、113年度台上字第1531號刑事判決意
27 旨參照）。

28 4. 本件被告有先於112年7月8日中午12時30分36秒以他的左手
29 拇指及食指觸摸A童的大陰唇，再於12時30分43秒以他的左
30 手拇指及食指撐開而觸碰到A童大陰唇內側等情，已如前
31 述。依照前述有關性交與猥褻的規定及說明，顯見被告「以

01 他的左手拇指及食指觸摸A童的大陰唇」行為符合猥褻的要
02 件，「以他的左手拇指及食指撐開而觸碰到A童大陰唇內
03 側」行為則該當刑法所定義的性交行為，但因後者僅有觸碰
04 大陰唇內側，尚未該當「侵入」或「使之接合」的要件，自
05 應僅論以性交未遂，而非既遂。再者，被害人A童於警詢時
06 證稱：阿公（指被告）摸我下面，下面是我尿尿的地方，阿
07 公說：「你給我摸我就給你吃糖果」，我沒說話，阿公摸我
08 尿尿的地方，被摸的時候我有說不要，阿公沒有說話，後來
09 我就想說算了，阿公拿手機對著我的下面，尿尿的地方拍照
10 等語（偵卷第14-19頁）；於偵訊時證稱：我不喜歡阿公摸
11 我下面，我第1次有說不要，那一次有拿手機拍我等語（偵
12 卷第120-121頁）。又A母於警詢證稱：A童應該是沒有所謂
13 男女生互動界線（如身體何處可以觸碰）概念，我於112年9
14 月10日有告訴A童不可以讓其他人亂觸碰身體，A童聽到後才
15 告知阿公有觸碰尿尿的地方，A童表示被觸碰到尿尿的地方
16 時會覺得痛痛的等語（偵卷第26至28頁）。由前述A童、A母
17 的證詞，可知A童就被告對她前述所為的猥褻或性交行為，
18 以及拍攝A童性器與對A童為猥褻、性交行為的性影像等行
19 為，雖尚無認知、理解能力，亦即無法依她的自主意識表達
20 對性自主及性隱私的意願；但仍具備人的自我防衛本能反應
21 （如害怕特定事物、對「未知」的事物既好奇又恐懼、對陌
22 生人焦慮等），因此對於被告所為，仍因感到身體不適或疼
23 痛，向被告表達不要觸摸之意。是以，被告以他的手指觸摸
24 A童的大陰唇，並以手指撐開而觸碰A童大陰唇內側時，雖未
25 對A童施加強制力，但依照前述「其他違反其意願之方法」
26 的法律解釋及說明，A童於被告以他的手指觸摸她的大陰唇
27 及以他手指撐開而觸碰到她的大陰唇內側時，既然已表達不
28 要之意，應認被告是以違反本人意願的方法，對A童為強制
29 猥褻、強制性交行為。

30 (三)辯護意旨雖指稱：依照司法實務向往的見解，行為人與被害
31 人的大、小陰唇乃至於陰蒂的接觸，並不合於「進入」的概

01 念，亦不認為符合「使之接合」的要件，被告所為不該當強
02 制性交罪的構成要件等語。惟查，司法之所以應受判決先例
03 的拘束，在於遵守「類似案件，相同處理」的平等原則，以
04 確保法的安定性與可預測性。據此，法院於從事個案審判而
05 適用判決先例，自應遵守以「相同案例事實」為前提的判決
06 先例適用原則。向往我國法律人不考慮案例事實是否相同，
07 將判決先例的基礎事實與法律見解分離，片面割裂適用判決
08 先例要旨的作法，即應予以調整改變。再者，凡以性器或性
09 器以外之其他身體部位或器物進入大陰唇內側的行為，均為
10 刑法所稱的性交行為，並非以侵入陰道為必要，此為最高法
11 院近年來因應兒童權利公約施行法等相關規範的公布施行所
12 採行的一貫見解。辯護意旨所援引的臺灣高等法院臺中分院
13 101年度侵上訴字第77號刑事判決、最高法院97年度台上字
14 第1883號、99年度台上字第7991號與100年度台上字第95號
15 刑事判決所採的見解，或非終審法院所作的判決先例，或因
16 個案原因事實不同而無從予以比附援引，或因已為最高法院
17 所揚棄的判決先例，自無從據以為有利於被告認定的憑據。
18 至於辯護人所提最高法院112年度台上字第1352號刑事判決
19 意旨，該案經最高法院撤銷發回後，臺灣高等法院臺中分院
20 112年度侵上更一字第11號刑事判決本此意旨，就該案被告
21 「以手撫摸A女會陰部及陰蒂，以生殖器磨蹭A女會陰部」的
22 行為，論以強制性交未遂罪，經該案被告提起上訴後，已經
23 最高法院以113年度台上字第2628號刑事判決駁回其上訴等
24 情，亦已如前述。亦即，辯護人所援引的最高法院112年度
25 台上字第1352號判決先例，它的案例事實與本件被告的行為
26 雖有一定的類似性，但該案被告已經我國司法實務論以性交
27 未遂罪定讞，核與本合議庭就此議題所採取的前述見解相
28 同，則辯護人援引該判決要旨，希望據此作為被告應論以猥
29 褻行為的憑據，即非有據。

30 (四)辯護意旨雖指稱：被告為本件行為時，A童尚未具備性意
31 識，被告所為即不該當「違反意願」的構成要件，不應以刑

01 法第222條第1項第2款「對未滿14歲之男女犯之者」的加重
02 條件論罪等語。惟查，刑法第222條第1項第2款「對未滿14
03 歲之男女犯之者」的加重條件，於判斷行為人是否對之施以
04 上述違反其意願的方法時，更應該兼顧此等年齡的被害人，
05 因其尚無行為或屬限制行為能力人，對於行為人所施以或營
06 造的強制狀態忍受力，勢較一般具完全行為能力的成年人為
07 低，始符常情，已如前述。何況立法者於增訂刑法妨害性自
08 主罪章後，依據聯合國《兒童權利公約》所制定兒童及少年
09 性剝削防制條例、兒童權利公約施行法的規範意旨（詳如下
10 所述），可知應從特別保護兒童或未滿14歲之被害人的角
11 度，從寬解釋「違反被害人意願之方法」的意涵，不必拘泥
12 於行為人必須有實行具體違反被害人意願的方法行為。A童
13 於被告以他的手指觸摸她的大陰唇及以他的手指撐開而觸碰
14 到她的大陰唇內側時，既然已表達「不要」之意，依照上述
15 規定及說明，自應認被告是以違反A童意願的方法，對A童為
16 強制猥褻、強制性交未遂行為。是以，辯護人這部分所為的
17 辯解，亦不可採。

18 三、有關爭點2.部分，被告對A童為強制猥褻、強制性交未遂並
19 以如附表所示行動電話的相機功能使A童被拍攝性影像的行
20 為，應成立兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項的以違
21 反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像罪：

22 (一)為因應兒童及少年性剝削防制條例與刑法各自規範目的不
23 同，符合前者乃為防制兒童及少年遭受任何形式的性剝削，
24 保護其身心健全發展的立法本旨與價值取向，法院於解釋適
25 用法律時，自應依循上述差異性的理解脈絡，而為犯罪概念
26 個別化的不同解釋內涵。本件被告對A童拍攝性影像的行
27 為，應成立兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之以違
28 反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像罪：

29 1.兒童及少年性剝削防制條例第1條開宗明義規定：「為防制
30 兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展，

01 特制定本條例。」104年修正理由載明：「保護兒童及少年
02 免於遭致性剝削，乃普世價值。依據聯合國《兒童權利公
03 約》第三十四條及《兒童權利公約關於買賣兒童、兒童賣淫
04 和兒童色情製品問題的任擇議定書》，透過利益（如現金、
05 物品或勞務）交換而侵犯兒童少年與其權利，即是對兒童少
06 年之「性剝削」。」而《兒童權利公約》第34條規定：「締
07 約國承諾保護兒童免於所有形式之性剝削及性虐待。為此目
08 的，締約國應採取包括國內、雙邊與多邊措施，以防止下列
09 情事發生：(a)引誘或強迫兒童從事非法之性活動；(b)剝削
10 利用兒童從事賣淫或其他非法之性行為；(c)剝削利用兒童
11 從事色情表演或作為色情之題材。」據此可知，兒童及少年
12 性剝削防制條例依據《兒童權利公約》第34條及該公約的精
13 神，將侵犯兒童或少年而與其身心健全發展有關的任何性活
14 動，均列為是對兒童及少年的「性剝削」，以防杜拍攝、製
15 造兒童或少年為性交或猥褻行為的性影像，而侵害兒童、少
16 年身心健全發展的基本人權；亦即，以立法明文方式，揭示
17 不容許兒童、少年放棄或處分其上述基本人權，以免因任何
18 非法的性活動而遭致性剝削之旨。再者，司法院釋字第623
19 號解釋揭示：「兒童及少年之心智發展未臻成熟。……『性
20 剝削』之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心
21 理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保
22 護兒童及少年『免於從事任何非法之性活動』，乃普世價值
23 之基本人權。」該號解釋說明「性剝削」含有在不對等權力
24 地位關係下的壓榨意涵，不僅確立「性剝削」的概念較「性
25 交易」為廣，亦闡釋兒童、少年必須被視為應維護及保障的
26 權利主體，任何對於兒童、少年以身體或性自主意識來滿足
27 剝削者權力慾望的性活動，皆屬於對兒童、少年的性剝削。
28 又依103年6月4日制定公布、同年00月00日生效施行的兒童
29 權利公約施行法第2條規定，《兒童權利公約》所揭示保障
30 及促進兒童及少年權利的規定，具有國內法律的效力。是
31 以，《兒童權利公約》有所規定者，屬刑事法律關涉保護兒

01 童及少年身心健全發展相關事項的特別規定，自應優先於刑
02 事法律而為適用。

03 2.立法者在刑法第221條第1項規定「違反其意願」之前，例示
04 「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」等方法，也就是對被害人施
05 以不論「物理上」或「心理上」的強制或限制意願之行為，
06 不一定為有形的強制力，只要是足以證明違反被害人的意願
07 的方法，即構成本罪。證明有無違反被害人意願，必須行為
08 人有施以強制或限制的具體行為，或至少有利用既存的強制
09 狀態，不論是對被害人形成物理上或心理上的強制狀態均屬
10 之。對照之下，附錄的兒童及少年性剝削防制條例第36條第
11 3項規定：「以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違
12 反本人意願之方法……」，亦即在「違反本人（其）意願之
13 方法」之外，增加「藥劑、詐術」的例示規定。而「藥劑」
14 仍可解釋為是對被害人施以強制或限制的具體行為（刑法第
15 222條規定將之列為加重要件），「詐術」則顯然不行。因
16 行為人對於男女施用詐術，使陷於錯誤而同意為性交，行為
17 人無施以強制力自明，更未製造一個使被害人處於無助而難
18 以反抗、不敢反抗或難以逃脫的狀態，達於妨害被害人的意
19 思自由；亦即，被詐欺者的同意雖然有瑕疵，但就形成決定
20 的心理狀態來看，仍是本於個人自由意思，如行為人所施用的
21 詐術內容並不足以壓抑、妨害被害人的性自主決定權，即
22 無違反意願可言，自不成立強制性交罪。否則，刑法第221
23 條第1項強制性交罪，應無不將「詐術」例示為違反意願方
24 法之理，亦無另定同法第229條第1項的詐術性交罪之處罰規
25 定的必要。由此可知，兒童及少年性剝削防制條例第36條第
26 3項雖然與刑法第221條第1項一樣明定「違反本人（其）意
27 願之方法」的要件，但為能更周全保障兒童及少年的權益，
28 採取與刑法第221條第1項並未完全相同的規定。如此解釋，
29 方足以貫徹前述《兒童權利公約》所揭示保障與促進兒童及
30 少年權利的意旨，並彰顯「性剝削」含有在不對等權力地位
31 關係下的壓榨意涵。是以，兒童及少年性剝削防制條例第36

01 條第1項至第3項所列之罪，依其文義及體系解釋，既然是以
02 行為人對被害人施加手段的強弱，以及被害人自主意願之法
03 益侵害高低程度的不同，而予以罪責相稱的不同法定刑，並
04 於同條例第43條第1項及第2項規定減輕或免除其刑的適當調
05 節機制，以資衡平，為層級化規範，使規範密度周全，以達
06 保障兒童及少年權益的立法目的，並符罪刑相當原則、比例
07 原則的憲法要求。法院因應兒童及少年性剝削防制條例與刑
08 法各自規範目的不同，為符合前者乃為防制兒童及少年遭受
09 任何形式的性剝削，保護其身心健全發展的立法本旨與價值
10 取向，自應依循上述差異性的理解脈絡，而為犯罪概念個別
11 化不同解釋內涵，亦即學理所稱的「法律概念相對性」，以
12 資調和，使整體法律規範的適用結果，符合法秩序整體一致
13 性及法價值體系間的和諧，俾利實現兒童及少年性剝削防制
14 條例的核心規範保護目的，兼以維護刑法的安定性（最高法
15 院112年度台上字第2540號刑事判決同此意旨）。

16 3. 本件被告明知A童案發時年僅5歲，A童於被告以他的手指觸
17 摸她的大陰唇及以他手指撐開而觸碰到她的大陰唇內側時，
18 已表達「不要」之意，被告顯然是以違反A童意願的方法，
19 對A童為強制猥褻、強制性交未遂行為等情，已如前述。而
20 被告於原審準備程序時供稱：我一時興起想要拍，我為了拍
21 照，左手有按著A童下體等語（原審卷第78頁），顯見被告
22 使用如附表所示行動電話的相機功能，拍攝A童性器及其前
23 述對A童強制猥褻、強制性交未遂行為的性影像時，主觀上
24 具有以違反本人意願方法使兒童被拍攝強制猥褻、強制性交
25 未遂之性影像的犯意。是以，依照前述規定及說明所示，被
26 告就使兒童被拍攝強制猥褻、強制性交未遂之性影像的行為
27 部分，即應論以兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之
28 罪，而非辯護意旨所指條例第36條第1項之罪。

29 (二) 辯護意旨雖指稱：被告拍攝A童性影像的行為，因A童當時
30 未具備性意識，不該當「違反意願」的構成要件，強制性
31 交、猥褻罪的思考層次，於兒童及少年性剝削防制條例第36

01 條第1項或第3項的適用上應為同一解釋，應認被告並不符合
02 同條例第36條第3項的要件，應僅論以同條例第1項之罪等
03 語。惟查，辯護意旨雖援引學者的論述，主張我國就妨害性
04 自主罪是採取「只有拒絕才不行」的立法模式，「違反被害
05 人之意願」及「未取得有效同意」核屬二事，「欠缺有效同
06 意」只能推導出「不會基於同意排除構成要件該當性」的結
07 論，無法再進一步肯定「違反意願」要素的該當，否則當行
08 為人對一個3個月大的嬰兒為刑法第10條第5項的性侵入行為
09 時，也能夠成立違反意願性交罪，儘管這名嬰兒對於與性相
10 關的事務完全沒有任何意識可言，顯屬荒謬等語；但妨害性
11 自主罪章自妨害風化罪章獨立時，除了保障被害人的「性自
12 主決定權」外，另保護「兒少身心健康發展權」，亦即對於
13 特定年齡的兒少，不論其有無意願的決定權，一律加以保
14 護，此所以刑法第227條僅以「年齡」作為構成要件的原因
15 所在，未必得一概以合意性交視之，則於判斷行為人是否實
16 行違反被害人意願的方法時，應兼顧被害人尚無行為能力或
17 屬限制行為能力，對於行為人所施以或營造的強制狀態忍受
18 力，勢較一般具完全行為能力的成年人為低，始符立法本旨
19 等情，亦已如前述。由此可知，刑法第227條規定並不能一
20 概以合意性交視之，且在判斷行為人是否實行違反被害人意
21 願的方法時，應兼顧被害人尚無行為能力或屬限制行為能
22 力，而依照一般通念與吾人的日常生活經驗，學者所指3個
23 月大的嬰兒之例，其等不僅在閱聽、言語、坐立等感知運動
24 能力均有待發展，遑論對於與性有關的事物有任何的意識可
25 言，則依照前述說明所示，自無從對行為人論以刑法第221
26 條的強制性交罪。又兒童及少年性剝削防制條例與刑法有其
27 各自的規範目的，法院於解釋適用前述2部法律時，應依差
28 異性的理解脈絡，而為犯罪概念個別化的不同解釋內涵等
29 情，亦已如前述。是以，辯護意旨所指：刑法有關強制性
30 交、猥褻罪的思考層次，於兒童及少年性剝削防制條例第36
31 條第1項或第3項的適用上應為同一解釋等語，亦不可採。

01 四、有關爭點3.部分，原審就被告所成立之罪的法律適用既有違
02 誤（詳如下所述），其所為的量刑即失去依附。何況第一審
03 判決如經第二審予以撤銷時，除案件有刑事訴訟法第370條
04 第1項前段、第2項不利益變更禁止原則規定的適用者外，
05 第一審判決的量刑及定刑的結果本無定錨作用，亦即第一審
06 判決的量刑並不拘束第二審，第二審仍得就全案量刑資料，
07 本於其職權而為整體評價（最高法院111年度台上字第3622
08 號刑事判決意旨參照）。是以，本院自不再就原審的量刑是
09 否違反罪刑相當原則及平等原則一事予以論斷，一併敘明。

10 五、綜上，由前述證人證詞、相關書證及扣案物品，可證明被告
11 確實有前述的犯行，被告的辯解顯然是事後卸責之詞，不足
12 以採信。是以，本件事證明確，被告的犯行可以認定，應予
13 以依法論科。

14 肆、被告成立罪名、本院撤銷改判理由及對被告所為的量刑：

15 一、被告所成立之罪：

16 (一)新舊法比較：

17 被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項於113
18 年8月7日修正公布施行，並自同年月0日生效。因本次修正
19 是增訂「無故重製」的犯罪行為類型，與被告所為本案犯行
20 無涉，並無新舊法比較的必要。是以，本件應逕予適用現行
21 兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定，先予敘明。

22 (二)罪名：

23 本院審核後，認被告所為，是犯兒童及少年性剝削防制條例
24 第36條第3項之以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像
25 罪與刑法第222條第2項、第1項第2款、第9款之對未滿14歲
26 女子為照相而犯強制性交未遂罪。

27 (三)變更起訴法條：

28 檢察官起訴意旨認被告所為，是構成刑法第224條之1之對未
29 滿14歲女子犯強制猥褻罪，但原審檢察官已當庭補充（原審
30 卷第78頁），且此部分與起訴的基本社會事實同一，並經本
31 院告知被告變更的罪名，予被告及其辯護人充分辨明的機

01 會，爰依刑事訴訟法第300條規定變更起訴法條。

02 (四)接續犯：

03 被告先後以違反本人意願的方法，使A童被拍攝性器及其前
04 述對A童強制猥褻、強制性交未遂行為之性影像的行為，是
05 於同一地點及密切接近的時間內所為，侵害同一防制兒童遭
06 受性剝削、保護兒童身心健全發展法益，各行為的獨立性極
07 為薄弱，依一般社會通念，難以強行分離，應視為數個舉動
08 的接續實行，合為包括的一行為予以評價為當，為接續犯，
09 應僅論以一罪。

10 (五)吸收關係：

11 被告先基於強制猥褻的犯意，著手對未滿14歲女子為照相而
12 強制猥褻的行為，其後轉換其犯意而提升為強制性交的犯
13 意，對未滿14歲女子為照相而強制性交未遂，其犯意轉化前
14 後二階段行為，時間密接，應依吸收的法理，整體評價為一
15 罪。

16 (六)想像競合犯：

17 被告以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像及對未滿14
18 歲女子為照相而強制性交未遂的犯行，具有行為局部的同一
19 性，應評價為法律概念的一行為，故被告以一行為觸犯以違
20 反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像罪、對未滿14歲女子
21 為照相而犯強制性交未遂罪，為想像競合犯，應從一重之以
22 違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像罪處斷。檢察官起
23 訴意旨認被告所為應數罪併罰，容有誤會，附此敘明。

24 二、本院撤銷改判的理由：

25 原審判決認被告犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項
26 之以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像、刑法第222
27 條第1項第2款、第9款之對未滿14歲女子為照相而犯強制性
28 交等罪，事證明確，予以論罪科刑，論證詳細並有所憑據。
29 然而，被告以他的左手拇指及食指撐開而碰觸A童大陰唇內
30 側的行為，因尚未該當「侵入」或「使之接合」的要件，應
31 僅論以性交未遂，而非既遂，原審判決就被告此部分所為，

01 論以刑法第222條第1項第2款、第9款之對未滿14歲女子為照
02 相而犯強制性交罪，核有違誤。是以，被告上訴意旨主張自
03 己所為僅成立刑法第227條之與幼年女子為猥褻罪、兒童及
04 少年性剝削防制條例第36條第1項之罪，雖屬無據，但原審
05 所為的論罪既有前述可議之處，自應由本院將原審判決中關
06 於被告論罪科刑部分予以撤銷。

07 三、本院對被告所為的量刑：

08 有關被告犯行所應科處的刑度，本院以行為人責任為基礎，
09 參酌刑法第57條各款規定，先以被告的犯罪動機、目的、手
10 段、犯罪所生損害等犯罪情狀事由（行為屬性事由）確認責
11 任刑範圍，再以被告的犯後態度、品行、生活狀況、智識程
12 度、社會復歸可能性等一般情狀事由（行為人屬性事由及其
13 他事由）調整責任刑。茲分述如下：

14 (一)責任刑範圍的確認：

15 被告利用A童進入有冷氣空調之本案住處內休息的機會，違
16 反A童的意願，先後對A童為強制猥褻、強制性交未遂行為，
17 並以如附表所示的行動電話，使用相機功能拍攝A童性器及
18 前述對A童強制猥褻行為、強制性交未遂行為的的性影像，
19 犯罪手段及情節非輕。又A童當時雖年僅5歲，欠缺對性自主
20 決定及性隱私資訊的意思能力，被告所為不僅嚴重戕害A童
21 身心的健全成長，拍攝性影像亦有如影隨形在網路空間中無
22 限複製或散布並跟隨一生的高度危險，被告所為危害重大。
23 是以，經總體評估前述犯罪情狀事由，並基於平等原則，本
24 院認被告責任刑範圍應接近處斷刑範圍內的中度偏中區間。

25 (二)責任刑下修與否的審酌：

26 被告沒有任何的犯罪紀錄，年已近70歲，自述國中畢業、行
27 為時已退休、需照顧重度殘障的配偶起居之智識程度與生活
28 狀況。再者，被告於警詢、偵訊時並未能坦承犯行，其後於
29 原審及本院審理時坦承犯行，且於原審審理時已與A童、A母
30 達成調解，並履行全部賠償責任（這有原審民事庭調解紀錄
31 表、調解程序筆錄、調解筆錄、匯款申請書等件在卷可佐，

01 原審卷第123-128之2、153、275頁），應認已有悔意。另依
02 被告所提診斷證明書（本院卷第205頁），顯見被告於本院
03 審理前亦曾因罹患疾病而急診住院治療。是以，經總體評估
04 前述一般情狀事由後，本院認雖分別有對被告不利、有利的
05 量刑事由，被告的責任刑仍應予以下修，對被告所為的量刑
06 應接近處斷刑範圍內的低度偏中區間，才符合罪刑相當原
07 則。

08 (三)綜上，本院綜合考量被告的犯罪情狀事由及一般情狀事由，
09 基於平等原則及罪刑相當原則，參酌司法實務就類似案件所
10 可能量處的刑度，認被告的責任刑應接近處斷刑範圍內的低
11 度偏中區間，爰就撤銷改判部分量處如主文第2項所示之
12 刑，以示懲儆。

13 伍、駁回上訴部分：

14 原審以被告罪證明確，諭知沒收扣案如附表所示之物，於法
15 核無違誤。是以，被告就此（沒收）部分所為的上訴即屬無
16 據，應就被告此部分的上訴予以駁回。

17 陸、適用的法律：

18 刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前
19 段、第300條、第368條。

20 本件經檢察官邱舜韶偵查起訴，由檢察官蔡偉逸在本審到庭實行
21 公訴。

22 中 華 民 國 114 年 2 月 19 日

23 刑事第八庭 審判長法官 廖建瑜

24 法 官 文家倩

25 法 官 林孟皇

26 本正本證明與原本無異。

27 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
28 未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書
29 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

01
02 中 華 民 國 114 年 2 月 19 日

03 附錄本案論罪科刑法條全文：

04 兒童及少年性剝削防制條例第36條

05 拍攝、製造、無故重製兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上
06 足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處1年以上7年以
07 下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以上100萬元以下罰金。

08 招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍
09 攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、與性相關而客觀上足以
10 引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處3年以上10年以下
11 有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

12 以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方
13 法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、
14 與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品
15 者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣500萬元以下罰金。

16 意圖營利犯前3項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分
17 之一。

18 前4項之未遂犯罰之。第1項至第4項之附著物、圖畫及物品，不
19 問屬於犯罪行為人與否，沒收之。

20 拍攝、製造、無故重製兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上
21 足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品之工具或設備，不
22 問屬於犯罪行為人與否，沒收之。但屬於被害人者，不在此限。

23 中華民國刑法第222條

24 犯前條之罪而有下列情形之一者，處7年以上有期徒刑：

25 一、二人以上共同犯之。

26 二、對未滿14歲之男女犯之。

27 三、對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之。

28 四、以藥劑犯之。

29 五、對被害人施以凌虐。

30 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。

- 01 七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之。
02 八、攜帶兇器犯之。
03 九、對被害人為照相、錄音、錄影或散布、播送該影像、聲音、
04 電磁紀錄。
05 前項之未遂犯罰之。

06 附表

07

名稱	數量	備註
行動 電話	1支	廠牌：Sony，型號：Xperia 10 III，顏色：黑色，IMEI序號：0000000000000000號、0000000000000000號，無SIM卡。