

01

最高法院刑事判決

02

114年度台上字第3246號

03

上訴人 洪正志

04

選任辯護人 李岳洋律師

05

洪維駿律師

06

何勵愷律師

07

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國114年2月19日第二審判決（113年度侵上訴字第231號，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：

11

主文

12

上訴駁回。

13

理由

14

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

22

二、本件原判決撤銷第一審關於上訴人洪正志罪刑部分之判決，變更起訴法條，改判依想像競合犯，從一重論處其犯以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像（尚犯對未滿14歲之女子為照相而犯強制性交未遂）罪刑。另維持第一審關於諭知相關沒收宣告部分之判決，駁回其此部分在第二審之上訴。已詳敘認定犯罪事實所憑證據及理由。並對上訴人否認犯罪之供詞及其所辯各語，認非可採，予以論述及指駁。

01 三、刑法第222條第1項第2款、第224條之1（有同法第222條第1
02 項第2款情形）之加重強制性交、猥褻罪，分別以犯同法第2
03 21條、第224條之罪為基本構成要件，並以「對未滿14歲之
04 男女犯之」為加重條件。而同法第221條、第224條所稱「其
05 他違反其意願之方法」，係指各條所列舉之強暴、脅迫、恐
06 嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願，妨害被害人意
07 想自由之方法而言，不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐
08 嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人性自主
09 決定權為必要。又未滿7歲之兒童，確有意思能力與否，實
10 實上頗不易證明，故民法第13條第1項規定「未滿7歲之未成
11 年人，無行為能力」，以防無益之爭論。於被害兒童未滿7
12 歲之情形，行為人是否實行違反被害人意願之方法，參照前
13 揭加重強制性交、猥褻罪，旨在保護欠缺意識男女之性自主
14 權，以及聯合國「兒童權利公約」第19條第1項規定之意旨、
15 「公民與政治權利國際公約」第24條第1項、「經濟社會文化
16 權利國際公約」第10條第3項及上開後兩公約施行法第2條等規
17 定，自應由保護該未滿7歲之兒童角度，從寬解釋
18 「違反被害人意願之方法」之意涵，本不必拘泥於行為人必
19 須有實行具體違反被害人意願之方法行為。尤以行為人對未
20 滿7歲之兒童為性交、猥褻行為時，倘該兒童已以言詞或動作
21 表示拒絕，即應評價為已妨害其性自主決定之意思自由，
22 而論以加重強制性交、猥褻罪。至該兒童是否具有性意識、
23 是否具備同意性交或猥褻行為之意思能力，則非所問。再者，
24 兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）第36條第1
25 項至第3項所列之罪，依其文義及體系解釋，乃依行為人對
26 被害人施加手段之強弱，及侵害被害人自主意思法益程度之
27 高低，予以罪責相稱之層級化規範，使規範密度周全，以達
28 保障兒童及少年權益之立法目的，並符罪刑相當、比例原則
29 之憲法要求。為落實本條例保護兒少身心健全發展，避免兒
30 少成為任何形式之性剝削或被拍攝性影像對象之立法目的，
31 參照聯合國「兒童權利公約」第19條第1項規定之意旨，自

應從保護兒少之角度，解釋本條例第36條第3項所稱「其他違反本人意願之方法」之意涵。行為人於對未滿7歲之兒童強制性交、猥褻時，如有拍攝對該兒童為性交、猥褻行為的性影像之行為，自應成立本條例第36條第3項之罪。

四、上訴意旨略以：綜觀本院101年度台上字第2012號、106年度台上字第1193號等判決意旨及學者發表之文章，行為人有無刑法第221條、第224條之適用，應依序檢視「被害人是否有性意識」、「被害人於行為時是否具備有效同意/不同意之能力」及「被害人是否明示或默示進行性行為將『違反其意願』」。刑法第221條、第224條之適用，應以被害人具有性意識為前提。原判決一面認定被害人AD000-A112567（人別資料詳卷，下稱A童）就上訴人所為性交或猥褻行為，以及拍攝A童性器與對A童為性交、猥褻行為的性影像等行為，尚無認知、理解能力，無法依她的自主意識表達對性自主及性隱私的意願。一面認定A童仍具備自我防衛本能，上訴人以手指觸摸A童的大陰唇，並以手指撐開而觸碰A童大陰唇內側時，A童因感到身體不適或疼痛，已表達不要之意，應認上訴人是以違反本人意願的方法，對A童為強制性交、猥褻行為。且未敘明A童之性自主決定權是否遭受上訴人妨害或壓抑？上訴人係以何違反A童意願之方法，撫摸A童之生殖器？復未說明原審辯護人於原審所為辯護意旨，如何不足採納。有判決理由矛盾、不備之違法。再者，本院99年度第7次刑事庭會議就行為人對於未滿7歲之人為性交，是否應論以加重強制性交罪，採「強制手段不要說」，迭遭學者批評。且本條例第36條第3項與刑法第224條所稱「其他違反本人意願之方法」，應為相同之解釋。原判決援引本院112年度台上字第2540號判決意旨，割裂法體系，就上開法條所稱「其他違反本人意願之方法」內涵為差異化之解釋，有適用法規錯誤及理由不備之違法。另原判決未敘明上訴人主觀上於何時形成加重強制性交之犯意？依主客觀混合理論，其於何時著

手實行與構成要件之實現具有密切關聯之行為？即論其以加重強制性交未遂罪，有理由不備之違法等語。

五、惟查，第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，以判斷其適用法律之當否。本件原判決已敘明：上訴人於年僅5歲之A童表達「不要」時，仍伸手褪去A童褲子，先以左手拇指及食指觸摸A童大陰唇，並以右手持行動電話拍攝A童性器及其對A童為猥褻行為的性影像，再以左手拇指及食指撐開、觸碰A童的大陰唇內側，並以右手持行動電話拍攝A童性器及對A童為性交未遂的性影像。上訴人以「違反本人意願之方法」，使A童被拍攝性影像及對未滿14之女子為照相而強制性交未遂的犯行，具有行為局部之同一性，應依想像競合犯，從一重論以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像罪之旨。依原判決所確認之事實，其適用法律並無不合。此與本院106年度台上第1193號判決之案例事實（行為人於13歲之被害人表示「不要再摸了」後，即停止撫摸被害人生殖器）不同，要難比附援引。至學者見解僅供參考，法院並不受其拘束。再者，上訴人既已伸手褪去A童褲子，以左手拇指及食指觸摸A童大陰唇，及以左手拇指及食指撐開、觸碰A童的大陰唇內側，並對A童照相，顯已著手實行加重強制性交行為。原判決未特別說明上訴人著手之時點，於判決結果不生影響。其餘上訴意旨，核係對原審採證、認事之職權行使、原判決已說明及於判決無影響之事項，依憑己見而為指摘，俱非適法上訴第三審之理由。

六、依上所述，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　3　　日

刑事第四庭審判長法官　　李英勇
法官　　高玉舜
法官　　林怡秀
法官　　楊皓清
法官　　楊智勝

01 本件正本證明與原本無異

02 書記官 洪章銘

03 中 華 民 國 114 年 12 月 5 日