

108 年度憲二字第 454 號聲請案不受理決議不同意見書

呂太郎大法官提出

- 一、人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第5條第1項第2款定有明文。確定終局裁判所適用之命令，亦包含最高法院之決議在內（本院釋字第238號、第374號解釋參照）。
- 二、本件確定終局判決（臺灣高等法院107年度侵上更一字第7號），就聲請人未經甲女（12歲女子）同意，即將右手伸入甲女之內衣進而撫摸甲女左胸之行為，援引最高法院99年度第7次刑事庭會議決議（下稱系爭決議）意旨，認定聲請人未與甲女「合意」，即未該當刑法第227條第2項對於未滿14歲之女子為猥褻罪，因而變更檢察官起訴之刑法第227條第2項法條，改依刑法第224條之1加重強制猥褻罪論處聲請人罪刑。查刑法第224條之1加重強制猥褻罪，係以犯第224條強制猥褻罪而有第222條第1項各款情形之一為要件，而第222條第1項係就犯第221條之罪為加重之規定，是系爭決議雖係就刑法第221條第1項及第222條第1項適用要件為決議，但仍為確定終局判決所適用刑法第224條之1有關之法令，得為聲請解釋憲法之客體。
- 三、按罪刑法定原則，為憲法保障人身自由之核心內容，其重要性不言可喻。法令是否違反憲法罪刑法定原則，當事人自得依大審法規定，聲請解釋。查刑法第221條第1項規定：「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，……」係規範以違反被害人意願之「方法」為性交，法律並未依被害人之年齡作為認定是否符合「以違反被害人意願之方法」之標準。又針對與未滿14歲男女性交，刑法係依性交時被害人之意識情況及意思決定瑕疵情形，規定行為人可能構成加重違反意願性交（第222條第1項第2款）、乘機性交（第225條）、準強姦性交（第227條第1項）等各種類型，既未明文規定「合意性交」之類型，更未規定「凡未與被害人合意者，均屬違反意願之性交」。

四、系爭決議謂：「於被害人未滿十四歲之情形，……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。……綜上，倘乙係七歲以上未滿十四歲者，而甲與乙係合意而為性交，固應論以刑法第227條第1項之對於未滿十四歲之男女為性交罪；惟若甲與七歲以上未滿十四歲之乙非合意而為性交，……均『以違反乙意願之方法』而為，應論以刑法第222條第1項第2款加重違反意願性交罪。」是否應被評價為業以法律所無之「合意性交」及依被害人之年齡，代替法律所明定依被害人性交時之意識情況及意思決定瑕疵情形，分別判斷應構成何種犯罪，因而違反罪刑法定原則？實有從憲法觀點加以檢視必要。系爭決議既已涉人權保障之核心議題，聲請人亦就系爭決議牴觸憲法罪刑法定原則，多所論證及指摘。是本件應有受理而為憲法解釋之價值。惜多數意見認為本件僅為聲請人爭執確定終局判決認事用法及裁判結果之當否，並未於客觀上具體指明系爭決議究有何牴觸憲法之處，因而決議不受理，爰提出不同意見如上。