

第 83/2013 號案件

刑事訴訟程序上訴

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

主題：強姦罪·性交·強姦未遂與《刑法典》第 158 條所規定及處罰的既遂之重要性慾行為罪構成表面競合

裁判日期：2014 年 2 月 12 日

法官：利馬(裁判書制作法官)、宋敏莉和岑浩輝

摘要：

一、為著《刑法典》第 157 條規定之效力，只有當陰莖插入了陰道，哪怕只是部分插入才算性交，即便並未射精亦然，因此，外陰交或陰道前庭交並不構成性交。

二、因外陰交或陰道前庭交之行為而形成的強姦未遂與《刑法

典》第 158 條所規定及處罰的重要性慾行為既遂罪構成表面競合。

三、在上一結論所描述的情況中，應以刑幅較重的一項罪名來處罰被告。

裁判書制作法官

利馬

## 澳門特別行政區終審法院

### 合議庭裁判

#### 一、概述

初級法院合議庭透過於 2013 年 4 月 15 日所作的合議庭裁判，裁定被告甲為實質正犯，以既遂的方式觸犯了：

— 一項《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項及第 171 條第 4 款所規定及處罰的強姦罪加重(被害人未滿 14 歲)，判處 6(陸)年徒刑；

— 一項《刑法典》第 169 條所規定及處罰的與未成人之性慾行為罪(被害人的年齡為 15 歲)，判處 1(壹)年 3(叁)個月徒刑。

兩罪併罰，判處 6(陸)年 6(陸)個月徒刑的單一刑罰。

中級法院透過 2013 年 11 月 21 日作出的合議庭裁判裁定被告提起的上訴敗訴。

被告仍不服，向本終審法院提起上訴，並以下列有用結論結束

其上訴陳述：

— 《刑法典》第 157 條第一款 a)項所規定的[強姦罪]成立的構成要件中，必須要作出以暴力或嚴重威脅之手段、使婦女喪失意識後或將之置之不能抗拒之狀態後，而以性器官進入他人之性器官或肛門之交合之行為，才能視為犯罪行為既遂。

— 在本上訴案件中，判決書所載的獲證明之事實，指出上訴人只將陽具插向被害人乙的陰道位置，並未有證實上訴人曾將其陽具插入被害人的陰道並進行抽動，同時上訴人並未能成功以其陽具戳破被害人的處女膜，由此可知上訴人是未能成功與被害人進行性交，而隨後被害人乙在仁伯爵綜合醫院婦產科接受檢驗時，檢見其處女膜完整呈環形，陰道不能容二指，應為一“無性經驗之女性”。

— 上訴人的行為未能符合《刑法典》第 157 條第一款 a)項所規定的[與婦女性交]之構成要件，只能是一強姦犯罪未遂行為，因此原審法院在獲證明事實上之事宜是不足以支持其對上訴人作出判處《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項及第 171 條第 4 款規定的一項[加重強姦罪]的既遂判決。

— 倘若法官閣下不認同上述觀點，為最嚴謹的辯護策略，就原

審法院合議庭對於上訴人所判處的一項[加重強姦罪](被害人乙)及一項[與未成人之性慾行為罪](被害人為丙)，上訴人認為是量刑過重。

— 上訴人希望上級法院可慎重考慮以上各觀點及其個人狀況，針對上訴人被判處的一項[加重強姦罪](被害人為乙)改判為以未遂方式觸犯的一項[加重強姦罪]，以及亦需考慮當中的特別減輕的情節：為最嚴謹的辯護策略，針對原審法院合議庭對於上訴人所判處的一項[加重強姦罪](被害人為乙)及一項[與未成人之性慾行為罪](被害人為丙)，也應重新考量相關具體刑罰的份量。兩罪並罰後，同樣應考慮、判處不高於四年之徒刑。

在對上訴理由陳述所作的回應中，**助理檢察長**認為上訴理由部分成立，應裁定上訴人以未遂而不是既遂的方式觸犯強姦罪，並應判處一項不低於4年的徒刑。

而在其意見書中，**助理檢察長**維持在對上訴理由陳述所作的回應中已採取的立場。

## 二、事實

獲認定之事實如下：

—2012年2月19日下午約6時，乙與數名朋友在運順新村附近的休憩區玩樂及聊天時，被告甲經過遂加入一起玩樂及聊天。乙出生於1998年2月23日，其是在2011年11月26日通過丁介紹而認識被告甲的。

—同日晚上約8時，被害人乙接獲母親來電要求被害人回家吃飯，被告甲主動要求送被害人回家，獲被害人乙應允。

—被告之後陪被害人乙回被害人位於[地址(1)]的住所。乘坐電梯時，被告特意按4字樓，之後將被害人乙帶到該大廈4樓的後樓梯間。

—在梯間內，被告突然用手攬著乙強吻，並伸手隔著衣服撫摸乙的胸部及陰道位置。乙嘗試用手推開被告及呼叫“唔好”，但被告不予理會並繼續強吻被害人，期間用手強行扯起被害人的上衣及胸罩到鎖骨位置及捉著其雙手將被害人的背部推向牆壁，繼而用嘴吻向被害人的胸部及吸啜其乳暈。

一其時，乙雖不斷呼叫“唔好”及不斷扭動身體，但由於被告強壯有力，乙並不能制止被告之侵犯舉動。

一被告繼而自行脫去身穿的褲及內褲，兩度著令乙替其口交，並曾將乙的頭按至其陽具附近，但均遭被害人拒絕。被告見無法成功，遂強行將被害人身穿的長褲及內褲脫到大腿位置，並用手指插入被害人陰道內不斷抽插。

一接著，被告命令乙轉身面向牆壁，並將雙手按在牆上及將上半身彎下，被害人害怕遭到被告的毆打，於是不敢抗拒而照做。被告再用腳將被害人雙腿分開後，隨即在沒有使用避孕套，且被害人不自願的情況下，直接將陽具插向被害人的陰道位置。被害人感到痛楚遂不斷扭動身體以阻止被告。約 1 至 2 分鐘後，被害人因感到陰道位置非常痛楚而不斷用力反抗，被告這才停止繼續侵犯被害人，而其陽具因而未能成功戳破被害人的處女膜。

一事後，被告甲命令被害人乙不要將此事告知任何人，被害人沒有回應，穿回褲後便從後樓梯跑回自己家中。

一由於擔心會被父母責罵，故被害人乙不敢告知父母，但曾將被被告甲性侵犯一事告知同學，包括丙。

— 在被被告甲性侵犯之前，被害人乙是處女。

— 2012 年 3 月 29 日上午 11 時，被害人乙在仁伯爵綜合醫院婦科接受檢驗時，檢見其處女膜完整呈環形，陰道不能容二指，應為一無性經驗之女性。

— 2012 年 3 月 18 日晚上約 8 時，被害人丙（出生於 1997 年 10 月 13 日）在澳門筷子基麥當勞附近的休憩區內遇上其朋友丁及其男友甲（即被告）。丙當時就讀於[學校(1)]二年級，早前已認識被告甲，而被告甲透過丁等人及與被害人丙本人的交往而知悉被害人是一名年齡未足 16 歲的在校學生。

— 在三人一起遊玩時，丁告知丙其有很多仇家，而最大的仇家是戊，且戊想找人毆打她。被告甲聽到了上述說話，且其也認識戊，於是建議三人一起前往戊慣常去的白鴿巢麗豪花園平台找戊，以便協助丙擺平此事。

— 當晚約 10 時，三人去到白鴿巢麗豪花園平台後未能遇上戊，丁於是先行回家，而丙則告知被告甲她要去一名叫己的網友位於[地址(2)]的住處，而被告甲表示願陪同丙去到上址。

— 同日晚上約 11 時 30 分，甲與被害人丙兩人步行至黑沙環某一



小公園時，甲表示被害人早前將其性侵犯乙一事告訴了其女友丁，故要求被害人與其接吻作補償，遭被害人拒絕。

— 被告甲於是當著丙的面致電戊，並開啟電話喇叭讓被害人可聽清通話內容。在通話時，被告甲特意告訴戊，如其知道丙現時在哪裡，會告訴戊。

— 不久，被告甲將被害人帶到自己所住的位於[地址(3)]大廈門口，並要求被害人跟隨其進入大廈。被害人跟隨被告進入了該大廈，並一同進入該大廈升降機內。

— 被告甲之後將丙帶至七樓後樓梯間。

— 在梯間內，被告甲用身體將被害人丙壓向牆壁，嘴吻被害人及伸手入其衣服內撫摸其胸部。

— 被告甲繼續將被害人丙所穿的牛仔長褲及內褲扯脫至膝蓋位置，並用兩隻手指插入被害人的陰道內。

— 其時，被告甲亦脫下身穿的運動褲及內褲。被告將被害人丙壓在地上，面部朝上。被告甲然後在沒有使用避孕套的情況下，將已勃起的陽具插入被害人的陰道內抽插。

— 被告甲停止抽插及將陽具抽離後，被害人丙立即穿回牛仔褲及內褲。被告將被害人帶離現場，再將其送到前述已位於澳門[地址(2)]的住處。

— 被害人丙由於害怕被責罵，故不敢將上述事情告知父母，但將之告知其身邊的朋友及同學。2012年3月28日，因被學校社工獲悉才向警方報案求助。

— 2012年3月29日中午12時，被害人丙在仁伯爵綜合醫院婦科接受檢驗時，其處女膜可檢見陳舊的裂傷，陰道能容二指，應為一已有性經驗之女性。

— 被告明知被害人乙是一名未滿14歲的女童，但為滿足個人的性慾，不但對其作出重要性慾行為，更對被害人使用暴力，並在被害人不願意的情況下，強行與其性交。

— 被告明知被害人丙是一名未滿16歲的女童，但為滿足個人的性慾，與其性交。

— 被告是在自由、自願及有意識的情況下作出上述行為，並清楚知道其行為違法，會受法律制裁。

另外證明下列事實：

—根據被告的刑事紀錄證明書，被告具犯罪記錄：

—於 CR4-12-0062-PCC 號合議庭普通刑事案件，2012 年 9 月 14 日初級法院裁判裁定被告的行為觸犯一項對兒童的性侵犯罪，判處四年實際徒刑，該案判決被上訴至中級法院，尚未轉為確定。

—被告聲稱被羈押前任職旅行社文員，月收入約澳門幣 8500 圓，需供養祖父，其學歷程度為初中三年級。

—未成年乙的母親代表未成年人聲稱不要求在本案裁定賠償權利，保留另行追究被告民事損害賠償之權利。

未獲證明之事實：

—關於被告針對被害人丁作出之事實，因該名被害人撤回刑事告訴並獲得認可，無需認定。

—控訴書中其他與上述獲證事實不符之重要事實未獲證明屬實，特別是：

—未獲證明：被告甲藉上述通話威嚇被害人丙，並要求其跟隨

自己走，被害人因害怕而不敢離開被告。

— 未獲證明：被害人丙唯恐被告甲通知戊而引致對方找人對其毆打，最終跟隨被告進入了該大廈，並一同進入該大廈升降機內。

— 未獲證明：被害人丙嘗試用手推開被告作出反抗及呼叫“唔好”，但由於被告強壯有力，被害人無法掙脫。

— 未獲證明：被害人丙企圖反抗，但遭被告將其按在地上。

— 未獲證明：被告強行將陽具插入被害人丙的陰道內。

— 未獲證明：被告對被害人丙使用暴力及作出嚴重威脅，並在被害人不願意的情況下，強行與其發生性行為。

### 三、法律

#### 1. 要解決的問題

要解決的問題是，被告所實施的強姦罪是否只構成犯罪未遂，而並非像被上訴的合議庭裁判所認為的那樣已經構成犯罪既遂，以

及被上訴的合議庭裁判是否應判處被告一項較輕的刑罰。

不審理其他任何與《刑法典》第 169 條所規定及處罰的犯罪有關的問題，因為這不屬於本院的管轄範圍(《刑事訴訟法典》第 390 條第 1 款 g 項)。

## 2. 強姦罪的既遂與未遂

強姦婦女罪之前題為有性交(《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項<sup>1</sup>)。

在 1886 年《刑法典》生效期間，司法見解對於性交的概念隨著懲處犯罪的實際要求和主流的社會道德觀念而左右搖擺，時而認為根據法典只有當陰莖插入了陰道才構成性交，時而又偏向於社會道德標準，認為只要發生單純肉體上的結合或者單純的外陰交<sup>2</sup>，即便並未射精，也構成性交。

<sup>1</sup>

“第一百五十七條  
(強姦)

一、作出下列行為者，處三年至十二年徒刑：

a) 以暴力或嚴重威脅之手段與婦女性交，又或為進行性交而使婦女喪失意識後，或將之置於不能抗拒之狀態後，與之性交；或

b) 以相同手段強迫婦女與第三人性交。

二、以上款所指之方式與他人肛交或強迫他人與第三人肛交者，處相同刑罰”。

<sup>2</sup> MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES 著：《Código Penal Português Anotado e Comentado》，科英布拉，Almedina 出版社，第十七版，2005 年，第 584 頁及第 585 頁。

而在葡國新《刑法典》生效之後，儘管它像澳門《刑法典》一樣並未就這一問題明確地表明立場，但 MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES<sup>3</sup>及其他一些作者卻建議對該問題予以重新考量，認為只有當男性生殖器插入了陰道，哪怕只是部分插入，才能稱得上性交。

並以性犯罪領域所發生的大規模的非刑事化運動作為支持這一觀點的佐證，例如，失去貞操不再作為任何犯罪的構成要素。

另一方面，澳門《刑法典》第 171 條第 3 款<sup>4</sup>(現行葡國《刑法典》第 177 條第 3 款)規定，澳門《刑法典》第 158 條<sup>5</sup>(現行葡國《刑法典》第 163 條)中所規定的重要性慾行為可以引致懷孕。一如 MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES 所說，這個重要的性慾行為不可能是性交，因為性交被明確地規定在葡國《刑法典》的第 164 條，即澳門《刑法典》的第 157 條中。“因此，這一行為所指的應該是所謂的發生了射精的外陰交或者陰道前庭交。所以，即便有射精，外陰交

---

<sup>3</sup> MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES 著：《Código ...》，第 585 頁及第 586 頁。

<sup>4</sup> “三、如第 157 條至第 162 條、第 166 條至第 169 條所敘述之行為，引致被害人懷孕、身體完整性受嚴重傷害、患後天性免疫力缺乏症、自殺或死亡，則上述各條所規定之刑罰，其最低及最高限度均加重二分之一”。

<sup>5</sup> “第一百五十八條  
(性脅迫)

以暴力或嚴重威脅，強迫他人忍受重要性慾行為，或強迫他人與自己或另一人為重要性慾行為，又或為此目的而使他人喪失意識後，或將之置於不能抗拒之狀態後，強迫他人忍受重要性慾行為，或強迫他人與自己或另一人為重要性慾行為者，處二年至八年徒刑”。

或者陰道前庭交也不能被認為是刑法所稱的性交”<sup>6</sup>。

而且，重要性慾行為罪(澳門《刑法典》第 158 條)比它所對應的舊法典中的猥褻罪(1886 年《刑法典》第 391 條<sup>7</sup>)的處罰要嚴重得多(眾所周知，1886 年《刑法典》中所規定的大多數罪狀的刑罰都比現行法典中罪狀的刑罰要重)，這更加印證了立法者的意圖是想將舊法典中屬於強姦罪的部分行為劃入到重要性慾行為罪當中的觀點。

這樣的話，我們便可以得出結論：只有當陰莖插入了陰道，哪怕只是部分插入才構成性交，即便沒有射精亦然<sup>8</sup>。

### 3. 本案情況·既遂之重要性慾行為罪·表面競合

在本案中，被害人的陰道並沒有被陰莖插入，哪怕只是部分插入。僅僅是發生了所謂的外陰交。

---

<sup>6</sup> MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES 著：《Código ...》，第 585 頁。

<sup>7</sup> “第三百九十一條  
(猥褻)

為滿足淫慾或達到任何其他目的而使用暴力對同性或異性實施任何猥褻行為者，處徒刑。

§獨一款—如被害人未滿 16 歲，即便未證明存在暴力，亦處同等刑罰。

<sup>8</sup> 這一觀點，見 JORGE FIGUEIREDO DIAS 著：《Comentário Conimbricense do Código Penal》，科英布拉出版社，第一卷，第二版，2012 年，第 749 頁以及 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE 著：《Comentário do Código Penal》，里斯本，天主教大學出版，第二版，2010 年，第 511 頁。

但可以肯定的一點是，確實有實施強姦罪的行為，只是並未達至既遂，因為被告的意圖是進行性交的。因此，屬於強姦未遂(《刑法典》第 21 條)。

所以，這部分的上訴理由成立。

而一如前文所述，這些行為同時還符合一項《刑法典》第 158 條及第 171 條第 4 款所規定及處罰的重要性慾行為加重(既遂)罪<sup>9</sup>。

其實，從已經認定的事實事宜中我們看到，除了構成外陰交的行為之外，被告還在同一場合對該被害人實施了其他一些重要的性慾行為(撫摸及親吻被害人的乳房，用手指插入被害人的陰道)。

當兩個罪狀之間存在表面競合的關係時<sup>10</sup>，只能在兩者中選取更能保護被侵犯利益的一項罪名，也就是刑罰更重的一項罪名來處罰被告<sup>11</sup>。

《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項、第 171 條第 4 款、第 22 條第 2 款及第 67 條第 1 款所規定及處罰的強姦加重(未遂)罪的刑幅為 9(玖)

---

<sup>9</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE 著：《Comentário...》，第 505 頁及第 508 頁。

<sup>10</sup> JORGE FIGUEIREDO DIAS 著：《Direito Penal, Parte Geral》，第一卷，科英布拉出版社，第二版，第二次重印，2012 年，第 1021 頁及第 1020 頁。

<sup>11</sup> 有關理論問題，見 JORGE FIGUEIREDO DIAS 著：《Direito Penal...》，第 1023 至第 1027 頁。



個月 18(壹拾捌)天至 10(拾)年 8(捌)個月徒刑，而《刑法典》第 158 條及第 171 條第 4 款所規定及處罰的重要性慾行為加重(既遂)罪的刑幅為 2(貳)年 8(捌)個月至 10(拾)年 8(捌)個月徒刑。

由於兩個刑幅的上限相同，因此必須選擇下限較高的那個，也就是重要性慾行為加重(既遂)罪來處罰被告。

#### 4. 量刑

被告還提出了量刑的問題。由於被告的定罪被更改，因此必須重新量刑。

鑒於已查明的事實和《刑法典》第 65 條所訂定的法定標準，我們認為就該罪判處被告 5(伍)年 6(陸)個月的徒刑，以及在與其因以實質正犯及既遂的方式觸犯一項《刑法典》第 169 條所規定及處罰的與未成年人性慾行為罪而被判處的 1(壹)年 3(叁)個月徒刑作併罰後，判處被告 6(陸)年徒刑的單一刑罰是合理的。

#### 四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴部分勝訴，撤銷被上訴的合議庭裁判，裁定被告以實質正犯及既遂的方式觸犯一項《刑法典》第 158 條及第 171 條第 4 款所規定及處罰的重要性慾行為加重罪，判處 5(伍)年 6(陸)個月徒刑；與被告因以實質正犯及既遂的方式觸犯一項《刑法典》第 169 條所規定及處罰的與未成人性慾行為罪而被判處的 1(壹)年 3(叁)個月徒刑作併罰，判處被告 6(陸)年徒刑的單一刑罰。

無須繳納訴訟費用。

2014 年 2 月 12 日，於澳門。

法官：利馬（裁判書制作法官）— 宋敏莉 — 岑浩輝