臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

114年度侵上訴字第1號

上　訴　人　臺灣花蓮地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　吳水順

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　吳明益律師(法扶律師)

上列上訴人因妨害性自主等案件，不服臺灣花蓮地方法院113年度侵訴字第8號中華民國113年12月5日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署112年度少連偵緝字第5號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決撤銷。

二、吳水順犯二人以上共同以藥劑強制性交罪，處有期徒刑玖年陸月。

三、其他上訴駁回。

事實及理由

一、本案經本院審理結果(本院審理範圍為原判決全部〈見本院卷第201、202頁〉)，認原判決關於事實認定、論罪部分並無違誤，惟原判決關於科刑部分(詳後述)並非妥適而撤銷改判(詳後述)，爰依刑事訴訟法(下稱刑訴法)第373條規定，引用如附件原判決書記載之事實、證據及理由(原判決理由欄關於科刑部分之記載與本判決不相容部分，不予引用)，復就證據部分補充「上訴人即被告吳水順(下稱被告)於本院審理時之自白(見本院卷第211、213頁）」。

二、撤銷改判之理由、量刑：

(一)原審認被告犯二人以上共同以藥劑強制性交罪，予以科刑，固非無見。惟查：

1、檢察官以被告犯罪手段激烈、對被害人即代號3356-100120號女子(真實姓名年籍住居所均詳卷，下稱A女)及代號3356-100121號女子(真實姓名年籍住居所均詳卷，下稱B女)之性自主權益危害甚大、為躲避刑責逃亡多年之犯罪後態度非佳等，請求從重量刑，然上開量刑因子俱為原審審酌，並無漏未審酌、前提事實認定錯誤、評價不當、不足等情。

2、被告除於偵查、原審及本院均自白犯行外(見原審聲羈卷第52頁，原審卷第104、337頁，本院卷第211、213頁)，復於本院審理時與B女成立調解，有調解筆錄1份在卷可稽(見本院卷第161、162頁)，可徵其已知所過錯，反省本案己身所為，並盡力彌補B女所受損害，違法及有責程度略減，且犯後態度非差，應可往對被告有利方向擺盪。

3、上開有利被告之量刑事實，為原審未及審酌，檢察官上訴請求從重量刑，為無理由，被告上訴請求從輕量刑，為有理由，應由本院就原判決撤銷改判。

(二)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告：

1、為逞其性慾之動機及目的，且係預謀計畫犯案；

2、與同案被告謀議引誘被害人2人施用愷他命後，利用被害人2人陷於昏沉無力狀態，輪流對其2人為性交(被告係以陰莖插入B女、A女之陰道)，期間尚非短暫，行為手段激烈；

3、侵害被害人2人之性自主權益，對其2人身心危害非輕等犯罪後所生危害；

4、前有詐欺及傷害等前科紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽，素行品行有瑕，然於逃亡期間未曾犯案；

5、雖於犯後逃亡10餘年，然於偵查、原審及本院審理時坦承犯行，復與B女成立調解，可徵知所過錯，反省本案己身所為，節省司法資源，復盡力彌補B女所受損害，犯罪後態度非差，B女之被害感情已較先前薄弱，與被告努力彌補B女所受損害有關，應認特別預防必要性相對已較為減低；

6、自陳高職肄業(見原審卷第339頁)之教育智識程度，對於尊

重他人性自主權益之認知、約束行為之控制能力均非低；

7、逃亡期間在便當店習得烤鴨、炒菜等技能，須扶養祖父(見原審卷第339、340頁，本院卷第215頁)之家庭經濟生活狀況；

本院審酌上開各情、檢察官、被告及其辯護人、被害人2人之意見，暨衡酌「罪刑相當原則」等一切情狀，量處被告如主文第2項所示之刑。

三、駁回上訴之理由：

(一)檢察官上訴意旨略以：被告對被害人2人強制性交，被害人不同(人格法益不同)，犯罪時點不同，犯罪地點亦為不同樓層，各行為之著手實行階段已有明顯區隔，顯係各別起意而為，應予分論併罰等語。

(二)按自然意義之數行為，得否評價為法律概念之一行為，應就客觀構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益與行為間之關連性等因素，視個案情節依社會通念加以判斷。數行為如有局部重疊或其行為著手實行階段可認為同一者，雖非不得認係合於一行為觸犯數罪名之要件，而依想像競合犯論擬(最高法院112年度臺上字第21號判決參照)。次按關於著手時點之判斷，採形式主客觀混合說，係以行為人之主觀認識為基礎，再以已發生之客觀事實為判斷，亦即行為人依其對於犯罪之認識，開始實行足以與構成要件之實現具有必要關聯性之行為，此時行為人之行為對保護客體已形成直接危險，即屬犯罪行為之著手。有關強制性交罪之著手，自應藉由主客觀混合理論之運用而加以判斷。刑法第221條第1項之強制性交罪，係以對被害人施以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法為其要件，該罪所保護法益乃為個人之性決定自由。得否認為行為人已著手實行強制性交之構成要件行為，應視其依主觀上之認識，是否已將強制性交之犯意表徵於外，並就犯罪實行之全部過程予以觀察，必以由其所施用上開強暴、脅迫等非法方法，足以表徵其係基於強制

性交之犯意而為，且與性交行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，始得認已對於強制性交罪所要保護個人性決定自由之法益，形成直接危險，開始實行足以與強制性交罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，而已達著手階段(最高法院111年度臺上字第5588號判決參照)。

(三)被告對被害人A女、B女為性交行為，於物理時間上固有先後，且地點分別在「○○○人力公司」0樓、0樓，然查：

1、被告與同案被告於離開花蓮縣○○市○○路000號0樓「00000 PUB」時，即由同案被告李豪提議「我們等一下要回公司玩K，然後把他們(指被害人2人)上了」，謀議既定後，由江泓杰、被告分別騎車搭載被害人2人至同縣○○鄉○○路0段000號「○○○人力公司」，經眾人鼓動誘惑後，被害人2人均以抽菸方式施用愷他命，意識逐漸昏沈，旋由同案被告即少年朱○○將A女帶至0樓房間(性交順序為少年朱○○、李豪、被告、余潘守中)，被告帶B女至0樓房間(性交順序為被告、余潘守中、少年朱○○、江泓杰)，輪流性交等情，業據同案被告江泓杰(見少連偵卷第47至49、82至85頁)、少年朱○○(見少連偵卷第61至64頁，少連偵緝卷第121至123頁)、李豪(見少連偵緝卷第72至74、90、91頁)及被告供承在卷，就被害人2人在「○○○人力公司」內經被告及同案被告引誘施用愷他命及遭輪流性交等節，亦據被害人2人(見少連偵卷第12至16、23至27頁，少連偵緝卷第133至138頁)及同案被告余潘守中(見少連偵卷第36至38、75至78頁)供述在案。

2、依被告及同案被告之主觀認識(犯罪計畫)為引誘被害人2人施用愷他命而陷於昏沉無力後對其2人性交，可見引誘被害人2人施用愷他命之方法，足以表徵被告及同案被告係基於強制性交之犯意而為。又被害人2人同時施用愷他命陷於昏沉無力後，旋由少年朱○○抱A女上0樓，被告抱B女上0樓，而對被害人2人輪流性交，其等引誘被害人2人施用愷

他命與對被害人2人輪流性交，時間甚為密接，地點均位在「○○○人力公司」內，堪認引誘被害人2人施用愷他命時，已對被害人2人性自主決定自由法益構成直接危險，與強制性交罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，已達強制性交之著手階段。

3、被告及同案被告同時引誘被害人2人施用愷他命，待其2人陷於昏沉無力後，對其2人輪流性交，除均在渠等犯罪計畫內，對被害人2人強制性交之客觀構成要件行為已有重合、侵害被害人2人性自主決定自由法益與引誘其2人施用愷他命行為亦具有關連性，可認有局部重疊或其行為著手實行階段可認為同一。

4、又比較法實務上，日本最高裁判所第2小法庭昭和53年2月16日裁定固認為：數人共同對被害人2人以上分別施加暴行，使其中部分被害人受傷成立傷害罪，對遭受暴行但未受傷被害人，則成立《關於處罰暴力行為等法律》第1條之罪，以上各罪應「分論併罰」。東京高等裁判所昭和46年5月24日判決亦認：被告數人共謀並對被害人甲、乙施加暴行，致甲死亡，乙受有傷害，各共犯者對甲、乙2人應分別成立傷害致人於死罪、傷害罪，所犯2罪應立於「併合處罰」關係。經查：

(1)被告等人(後續)對被害人2人強制性交時間、地點固難認同一，於物理上非不得區隔，然被告等人係「同時」引誘被害人2人施用愷他命，且引誘施用愷他命時點，應得認為已「著手」實施加重強制性交行為，應認就「著手」時點，對被害人2人強制性交行為有重疊(合)關係，或得認為著手實行階段同一，依我國實務見解，似仍在想像競合犯射程範圍內。

(2)檢察官以著手階段明顯可分為由，應認數罪併罰，似未一併審酌前段「同時」引誘被害人2人施用愷他命部分，立論前提事實似非無疑義。又上開日本實務裁判，與本案前提事實亦難認同一(本案被告等人係「同時」引誘被害人2人

施用愷他命，且該時點應得認為已著手實施加重強制性交行為），自難率加採用，認本案應成立數罪併罰關係。

5、綜前，堪認被告係以1行為觸犯二人以上共同以藥劑強制性交罪等2罪名，為想像競合犯，依刑法第55條前段規定，擇情節較重之一罪處斷(最高法院106年度臺上字第3479號判決參照)。檢察官此部分上訴，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑訴法第369條第1項前段、第368條、第364條、第299條第1項前段、第373條，判決如主文。

本案經檢察官蕭百麟偵查起訴，檢察官林英正提起上訴，檢察官崔紀鎮到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　18　　日

刑事第一庭審判長法　官　林信旭

法　官　張健河

法　官　顏維助

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，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後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」。

告訴人或被害人如對於本判決不服者，應具備理由請求檢察官上訴，其上訴期間之計算係以檢察官收受判決正本之日期為準。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　18　　日

書記官　秦巧穎

附錄本案論罪科刑法條全文：

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。
毒品危害防制條例第7條
引誘他人施用第一級毒品者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。
引誘他人施用第二級毒品者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。
引誘他人施用第三級毒品者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金。
引誘他人施用第四級毒品者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以下罰金。
前四項之未遂犯罰之。
修正前藥事法第83條
明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。
犯前項之罪，因而致人於死者，處7年以上有期徒刑，致重傷者，處3年以上12年以下有期徒刑。
因過失犯第一項之罪者，處2年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣30萬元以下罰金。
第一項之未遂犯罰之。