臺灣高等法院高雄分院刑事判決

113年度侵上訴字第53號

上　訴　人
即　被　告　陳奕亘
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　江信賢律師
　　鄭安妤律師
　　張中獻律師

上列上訴人因妨害性自主等案件，不服臺灣高雄地方法院112年度侵訴字第53號，中華民國113年5月21日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署111年度偵字第14985號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

陳奕亘犯引誘使少年為有對價之性交罪，處有期徒刑貳年。緩刑伍年，緩刑期間付保護管束，並應於本判決確定之日起貳年內，向公庫支付新臺幣拾伍萬元，及應接受法治教育肆場次。

事　實

一、陳奕亘於民國000年0月間透過社群軟體Facebook暱稱「HSU MOMO」之友人與代號AV000-Z000000000少女（00年0月生，姓名年籍詳卷，下稱A女）聯繫，由「HSU MOMO」向A女表示可以介紹外拍工作，引起A女興趣，遂介紹A女與陳奕亘認識，A女即加入陳奕亘所使用通訊軟體LINE暱稱「KEVIN」之帳號與之聯絡。陳奕亘於109年7月中旬某日，主觀上認知A女為14歲以上未滿16歲之女子，身心發展猶未健全，竟為滿足其個人性慾，基於引誘使少年為有對價之性交及對14歲以上未滿16歲之女子為性交之犯意，先使用LINE邀約與A女見面並進行拍攝，A女應允後，A女即請其同學代號AV000-Z000000000B少女（姓名年籍詳卷，下稱B女）陪同，依約於同日10時許，至位於高雄市○○區○○路000號之7-11超商中都

門市與陳奕亘會合。嗣陳奕亘駕駛不詳車號自用小客車至上述超商搭載A女及B女，駛至位於高雄市○○區○○○路000號星巴克○○門市時，陳奕亘交付200元予B女，請B女下車等候，隨即與A女前往位於高雄市○○區○○路000號日光花園汽車旅館，為A女拍攝照片（內容不詳，未扣案）。陳奕亘於過程中告知A女欲以新臺幣（下同）1萬元為代價，與A女進行性交易，誘使本無意與陳奕亘為有對價性交行為之A女同意為之後，即以手指、玩具進入A女性器，再以性器進入A女之口腔及性器之方式，與A女為性交行為1次，並當場交付1萬元予A女。

二、案經高雄市政府警察局婦幼警察隊報告臺灣高雄地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、證據能力：

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，屬傳聞證據，原則上不得作為證據；惟按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5第1項分別定有明文。查本判決所引用屬於傳聞證據之部分，均已依法踐行調查證據程序，且檢察官、上訴人即被告陳奕亘（下稱被告）及其辯護人於本院審理時，均明示同意有證據能力（見本院卷第67、124頁），基於尊重當事人對於傳聞證據之處分權，及證據資料愈豐富愈有助於真實發現之理念，本院審酌該等證據作成時情況，並無違法取證之瑕疵，且無顯不可信之情形，以之作為證據應屬適當，自均有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由

㈠前揭犯罪事實，業據被告於原審及本院審理時供承不諱（見原審卷第67、98、105至106頁，本院卷第65、123、133頁），核與證人即被害人A女於警詢（警卷第33至38、44至4

6、54至56頁）、證人B女於警詢時證述（警卷第76至78、80至81頁）情節大致相符，並有A女與被告之通訊軟體LINE（下稱LINE）對話紀錄擷圖2份（警卷第72頁、偵卷第45至47頁）、國軍高雄總醫院受理疑似性侵害事件驗傷診斷書、兒少保護案件通報表（偵卷彌封袋內）在卷可憑，足認被告上開自白與事實相符，並有證據補強，堪可採信。

㈡按刑法第227條第1項至第4項之對於未滿14歲之男女，或對於14歲以上未滿16歲之男女為性交或猥褻罪，固不以行為人明知被害人為未滿14歲，或14歲以上未滿16歲之人為絕對必要，若其有與未滿14歲，或14歲以上未滿16歲之人性交之不確定故意者，亦應成立上開罪名（見最高法院62年度第一次刑庭庭推總會決議）。惟此所謂之「不確定故意」係指行為人雖不知被害人係未滿14歲，或係14歲以上未滿16歲之人，但其主觀上已預見被害人可能係未滿14歲，或係14歲以上未滿16歲之人，竟仍執意為之，而不違背其本意者而言。亦即行為人主觀上已有前述預見，為認定其具有不確定故意之前提，此與客觀上能否預見無關；縱客觀上能預見，但若行為人主觀上並無此項預見，即無所謂不確定故意之可言（最高法院93年台上字第3557號判決參照）。經查：

1.A女為00年0月生，於本案案發時即109年7月中旬某日尚未滿14歲一節，有A女之代號與真實姓名對照表（偵卷彌封袋第3頁）在卷可證。

2.起訴意旨固認被告明知A女為未滿14歲女子，而有引誘未滿14歲女子為有對價性交之犯意云云。惟被告堅詞否認與A女為有對價性交行為時知悉被害人A女為未滿14歲之女子，辯稱當時伊認為A女已經滿14歲，那時A女告訴伊說她是國二要升國三等語。審酌被告於警詢時即供稱：我與A女認識時，A女應該是15歲等語（警卷第3頁），而證人A女於警詢時亦證稱：一開始認識我有在LINE上跟他說我國二要升國三，因為那時是暑假；我之前有告訴他（指被告）我是國中二年級學生（認識時），也知道我14歲（認識時）等語（警卷第37、

44頁），再參酌我國國民教育學制，滿6歲足歲之學齡兒童於當年9月進入國民小學就讀6年，再進入國民中學就讀3年（即7至9年級），若未深入探究被害人A女之出生年月日，僅憑一般認知，國中二年級之學生即為14歲，且被告與A女約於000年0月間透過女網友介紹外拍工作認識，本案發生時為000年0月間，依證人A女於警詢之證述，000年0月間雙方認識時A女告訴被告伊是國中二年級學生、14歲，本案發生時為000年0月間，為暑假期間，被告辯稱A女告訴伊說她是國二要升國三，當時伊認為A女已經滿14歲，應屬有據，堪以採信。

3.證人B女即A女之同班同學雖於警詢時證述：我國一升國二暑假的時候可能是7月中，A女叫我陪她去拍照，A女跟我說有一位男生要來載她去旅館拍照；當天我們約在7-11超商，大約早上10點，一個男的開車來，大概開了10幾分鐘，他開車到一間星巴克，他給我200元叫我進去星巴克等他們等語（警卷第76至77頁），但其證詞並未提及B女於該次陪A女與被告見面時，有告訴被告伊與A女之年齡或就讀年級之情事（警卷第75至79、117至118頁），尚無從由B女之證詞認定被告於行為時當知悉A女之實際年齡。又A女於案發後之110年11月25日與被告之LINE對話紀錄雖有向被告表示：「那我下課你要來接我嗎？」被告亦答覆「校門口？」等語（警卷第72頁），可見被告於110年11月25日時知悉A女尚在就讀國中，但此對話距離本案發生後已逾1年，亦難以此事後之對話紀錄回溯推認被告於本案行為時知悉A女尚未滿14歲。再者，證人A女於原審審理時證稱：伊於109年1月7日就認識被告，直到109年7月被告才約伊出來，期間渠等有聯繫，有講到伊就學的狀況，當時有說伊是國中生，不確定有說到伊是國中幾年級；有講到9月是伊的生日，沒有講到年紀；在109年7月第一次跟他約出去、同年8月19日伊有到臺北的一個飯店，在這一兩次的過程中被告有問伊幾歲，伊就是按照當時他問的時間，跟他說具體的年紀，在發生性行為之前，被告

沒有跟伊再三確認伊幾歲；第一次見面確實是國一升國二的暑假；（問：當時你手機記錄是在110年以後的事情，所以妳也就這樣跟警察說是在110年認識被告時是國二升國三？）「對」等語（原審卷第160至167、178頁），雖與證人A女前揭警詢時所述不同，但證人A女於原審作證時證稱：警詢筆錄的記載，警察沒有記錯，111年警詢筆錄的比較清楚；我沒有具體跟被告講過我幾歲等語（原審卷第172、176頁），而A女於警詢時係證稱：「一開始認識我有在LINE上跟他說我國二要升國三，因為那時是暑假。『但換手機所以沒有留下紀錄』。」（警卷第37頁），可見證人A女於警詢時之上開陳述，係依照其於警詢時之記憶回答，而非依照A女當時的手機紀錄回答。因A女於警詢及原審之證詞不一致，且無A女與被告於渠等剛認識至本案發生時之手機對話紀錄佐證，依「罪證有疑，利歸被告」之原則，應採證人A女於警詢之證詞，故被告辯稱其行為時認知A女已滿14歲，應可採信。本案既無積極證據足認被告與A女為有對價之性交行為時，對A女實際上未滿14歲之年齡有明知之直接故意，或有預見而對此不違反本意之間接故意，自難執A女之實際年齡而採為被告不利之認定。起訴意旨謂被告於行為時明知A女為未滿14歲之女子云云，尚嫌無據。

㈢綜上，被告確有於前揭時、地，對其主觀認知14歲以上未滿16歲之A女為有對價之性交行為之事實，堪以認定。本案被告犯行事證明確，應依法論科。

三、論罪的理由：

㈠法律說明：

1.按兒童及少年性剝削防制條例係為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展，特制定之法律，該條例第1條已明定其旨。所稱兒童或少年性剝削，依該條例第2條第1項規定係指下列行為之一：「一、使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為。……」，立法者並視有無違反兒童及少年（下稱被害人）意願的方法，促使其為有對價之性交

或猥褻行為（下稱性交易），分別於同條例第31至33條定其處罰規定，其中第31條、第32條第1項固均規範非以違反被害人意願之方法，使其為性交易，惟第31條第1項構成要件係以：「與未滿16歲之人為有對價之性交或猥褻行為」，與第32條第1項規定，係禁止被告以「引誘、容留、招募、媒介、協助或以他法，使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為」，「以詐術犯之者，亦同」之構成要件，並不相同；亦即前者，以被害人本有性交易之意願，並與被告合意而為性交易，而後者，則區分被害人本即有性交易之意願，惟經由被告以容留、媒介、協助等方式進而為性交易，抑或本無意願，然因被告以引誘、招募、詐術（例如訛以如為性交易，即與其交往或結婚云云）等和平手段，使其萌生性交易之意願，並為性交易。是以若被害人本無性交易意願，因被告引誘始同意為性交易，則使被害人為性交易部分，因已於兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項之罪為評價，應無另成立同條例第31條第1項之罪餘地（最高法院111年度台上字第1836號刑事判決參照）。

2.由兒童及少年性剝削防制條例第1條規定可知，該條例之立法目的在於防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展。兒童及少年如遭人以引誘、容留等方法從事有對價之性交或猥褻行為，即屬遭受性剝削之被害人，此觀該條例第2條之規定亦明，而兒童、少年身心發展遭受侵害之情形或程度，實不因其等性交易之對象究為第三人或從事引誘、容留等行為之人而有所別。兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項之引誘使少年為有對價之性交行為罪之構成要件為「引誘、容留、招募、媒介、協助或以他法，使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為」，並未如刑法第233條第1項引誘未滿16歲之男女性交罪之構成要件「意圖使未滿16歲之男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介之者」，有明文規定限定受引誘之兒童或少年必須「與他人」為性交易，始足當之。況且，兒童或少年苟本非從事性

交易之人，係因行為人（嫖客）之引誘、容留、媒介、協助或以他法，始與行為人（嫖客）為性交易者，該行為人（嫖客）已非單純之嫖客，而係兼為引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年為性交易之人，自有上開兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項規定之適用（最高法院100年度台上字第3298號判決意旨參照）。

3.刑法上犯罪之故意，祇須對於犯罪事實有所認識，有意使其發生或其發生不違背其本意，仍予以實施為已足，不以行為人主觀之認識與客觀事實兩相一致為必要，故行為人主觀上欲犯某罪，事實上卻犯他罪時，依刑罰責任論之主觀主義思潮，首重行為人之主觀認識，應以行為人主觀犯意為其適用原則，必事實上所犯之他罪有利於行為人時，始例外依該他罪處斷。我國暫行新刑律第13條第3項原亦有「犯罪之事實與犯人所知有異者，依下列處斷：所犯重於犯人所知或相等者，從其所知；所犯輕於犯人所知者，從其所犯」之規定。嗣制定現行刑法時，以此為法理所當然，乃未予明定（最高法院92年度台上字第1263號判決意旨參照）。從而，行為人主觀上欲犯某罪，但事實上所為係構成要件不同之他罪，且二罪法定刑相異，依據前揭「所犯重於所知，從其所知」之法理，自應適用行為人主觀上所犯之罪論處。查本件被告主觀上係認被害人A女為14歲以上未滿16歲之女子，不知客觀上被害人A女係未滿14歲之女子，業經本院認定如前，且本院於審理時已告知被告所為可能涉犯刑法第227條第3項之罪，並給予檢察官、被告及其辯護人於訴訟上攻擊防禦之機會（見本院卷第64、122頁），依據上開說明，自應適用被告主觀上所認識之罪論處。

㈡罪名：

1.是核被告所為，係犯刑法第227條第3項之對於14歲以上未滿16歲之女子為性交罪，及兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項前段之引誘使少年為有對價之性交罪。起訴意旨認被告犯刑法第227條第1項之與未滿14歲之人為性交罪部分，容

有未洽。惟檢察官起訴之犯罪事實與本院前揭所認定者，其基本社會事實同一，應就起訴意旨認被告犯刑法第227條第1項之與未滿14歲之人為性交罪部分，依刑事訴訟法第300條規定變更起訴法條。又被告行為既已成立兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項前段之引誘使少年為有對價之性交罪，依上開說明，無另成立同條例第31條第1項之與未滿16歲之人為有對價之性交罪之餘地，附此敘明。

2.被告以一行為同時觸犯上開罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條之規定，從一重論以引誘使少年為有對價之性交罪。

3.又兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項中成年人故意對少年犯罪之規定，係對被害人為少年之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，屬刑法分則加重之性質，成為另一獨立之罪名（最高法院92年第1次刑事庭會議決議意旨參照）。又該條項固規定故意對兒童及少年犯罪者，加重其刑至2分之1，惟該條項但書復明文規定：「但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定。」故被告所犯係刑法第227條第3項、兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項前段之罪，既已就被害人之年齡為處罰條件，應認係就被害人為兒童或少年時所定之特別處罰規定，依前揭但書規定，自無再依同條項前段規定加重其刑之必要。

㈢本案無刑法第59條酌減其刑之適用：

按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。所謂犯罪情狀顯可憫恕，應就犯罪一切情狀，予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由，即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等等，以為判斷。查被告於案發時00歲，學歷為○○畢業，顯有相當智識程度、社會經驗，更自承具有與未成年人外拍之經驗，知悉與14歲以上未滿16歲之人為性交行為會涉及刑責，為滿足自身性慾，主觀上認知A女為14歲以上未滿16歲之國中

生，仍引誘A女為有對價之性交行為，對於A女身心之健全發展所造成之侵害，難謂輕微。況依卷內證據，未見被告係基於何種特殊環境或原因方為本案犯行，故被告所為在客觀上並不足以引起一般同情。且被告所犯兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項前段之引誘使少年為有對價之性交罪之法定刑為「1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金」，尚無因被告坦承犯行，並與A女達成和解，即認有特殊原因在客觀上足以引起一般人之同情，而有科以最低度刑仍嫌過重之情形，自無刑法第59條規定酌減其刑之適用。

四、撤銷改判的理由：

原審審理結果，認被告罪證明確，據以論處被告罪刑，固非無見。惟查，本件被告主觀上認知A女為14歲以上未滿16歲女子，而引誘A女為有對價之性交行為，則被告所為係犯兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項前段之引誘少年為有對價之性交罪，及刑法第227條第3項對於14歲以上未滿16歲之女子為性交罪，應依想像競合關係從一重論以引誘少年為有對價之性交罪，業經本院認定如前，原判決認被告係犯刑法第227條第1項之對於未滿14歲之女子為性交罪，及兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項前段之罪，應依刑法第227條第1項罪處罰，即有未合。被告執此提起本件上訴，為有理由，自應由本院予以撤銷改判。

五、量刑：

爰審酌被告為智慮成熟之成年人，主觀認知A女於案發時為14歲以上未滿16歲之女子，罔顧A女對於性行為之認識程度及自主能力尚未臻至成熟，思慮亦未及成年人周詳，竟為滿足其個人私慾而以提供金錢作為對價，引誘A女與其自己為如事實欄所載之性交行為，對於A女身心健全及人格發展均生不良影響，行為殊值非難；惟念及被告犯後坦承犯行，於原審法院審理時與A女及其法定代理人達成和解，並賠償50萬元，尚有填補自身犯罪所造成損害之意願及作為，此有原審

法院和解筆錄在卷可稽（原審卷第75至76頁）；兼衡被告無任何前案紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份可參，及於原審及本院審理時自述之智識程度、家庭、經濟暨生活狀況（本院卷第134頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

六、緩刑之宣告：

㈠被告前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可考。雖因一時失慮，致罹刑章，然於本院坦白認罪，應有反躬深省改過自新之可能。又被告與被害人A女及其法定代理人達成民事和解，已賠償50萬元，並取得被害人A女原諒，有原審112年11月3日調解筆錄1份（原審卷第75頁）在卷為憑，足見被告犯後已盡力彌補所造成之損害。考量被告上開犯後態度，認被告已具悔意，經此偵、審程序及科刑之教訓，當已知所警惕，信無再犯之虞，且被害人A女及其法定代理人於原審和解時已表示願意原諒被告，並同意法院對被告為緩刑之宣告（原審卷第75頁），本院認對被告所宣告之刑，以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款規定，併予宣告緩刑5年，以勵自新。

㈡被告所宣告之刑雖暫無執行之必要，惟為使被告確切知悉其所為對他人造成身心傷害，導正其法治觀念並深切記取教訓、尊重未成年人之性自主決定權，爰依刑法第74條第2項第4款、第8款、第93條第1項第1款、第2款之規定，諭知被告於緩刑期間付保護管束，並命應於本判決確定之日起2年內，向公庫支付15萬元，及應接受法治教育課程4場次，以維法治，並觀後效。被告此項緩刑之負擔，乃緩刑宣告附帶之條件，依刑法第75條之1第1項第4款之規定，違反上開所定負擔情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷緩刑之宣告，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段、第300條，判決如主文。

本案經檢察官王朝弘提起公訴，檢察官黃彩秀到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　9　　月　　25　　日

刑事第五庭　審判長法　官　簡志瑩

法　官　王俊彥

法　官　曾鈴嫈

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　9　　月　　25　　日

書記官　洪以珊

附錄本判決論罪科刑法條：

《中華民國刑法第227條》

對於未滿十四歲之男女為性交者，處3年以上10年以下有期徒刑。

對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處6月以上5年以下有期徒刑。

對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處7年以下有期徒刑。

對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處3年以下有期徒刑。

第1項、第3項之未遂犯罰之。

《兒童及少年性剝削防制條例第32條》

引誘、容留、招募、媒介、協助或以他法，使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。

意圖營利而犯前項之罪者，處3年以上10年以下有期徒刑，併科新臺幣5百萬元以下罰金。

媒介、交付、收受、運送、藏匿前二項被害人或使之隱避者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

前項交付、收受、運送、藏匿行為之媒介者，亦同。

前四項之未遂犯罰之。