臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度侵上訴字第10號
115年度上訴字第105號

上　訴　人　臺灣高雄地方檢察署檢察官
上　訴　人
即　被　告　吳渙寶
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　鄭鈞懋律師（法扶律師）
訴訟參與人　代號AV000-A112537(真實姓名年籍詳卷)
法定代理人　代號AV000-A112537A(真實姓名年籍詳卷)
訴訟參與人
代　理　人　鄭瑜亭律師

上列上訴人因妨害性自主等案件，不服臺灣高雄地方法院114年侵訴字第50號、114年度訴字第549號，中華民國114年11月28日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署113年度偵字第5053號；追加起訴案號：114年度蒞追字第4號），提起上訴，本院合併審理，判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、Ａ０１係18歲以上之成年人，其於民國112年12月10日15時許，經由網路交友軟體「GOOD NIGHT」認識代號AV000-A112537（00年00月生，真實姓名年籍詳卷，下稱A女）之少年，以該交友軟體語音通話功能並使用LINE通訊軟體以暱稱「顆顆-」與A女聊天，Ａ０１於與A女聊天過程中，經甲女告知其實際年齡尚未滿18歲後，明知甲女係16歲以上未滿18歲、心智年齡未臻成熟，判斷力、自我保護能力、性隱私之自主決定意思仍有不足之少年，竟分別為下列行為：

(一)基於與16歲以上未滿18歲之人為有對價之性交或猥褻之犯意，以新臺幣（下同）3,000元之代價，相約於同日至位於

高雄市○○區○○街00號「獅○王商務旅館」606號房見面，進行有對價之性交及猥褻之行為。A女依約於同日20時30分許，前往上開房間與Ａ０１見面後，因認Ａ０１之外型與通訊軟體上照片觀感有所差距，不符其原先想像，而心生反悔之意，不欲與Ａ０１進行以男性生殖器插入女性陰道之性交行為，然仍同意進行性器官插入以外之猥褻及性交行為，在前開旅館房間內，Ａ０１進行撫摸A女之胸部、臀部及陰部及對A女進行塗抹潤滑液按摩等猥褻行為，並以手指插入A女陰道內與要求A女為其口交之性交行為（惟A女未取得約定之性交易對價）。

(二)於上開性交易過程中，經A女於Ａ０１尚未用生殖器進入其陰道之情形下，明確要求Ａ０１不得以生殖器插入其陰道之方式為性交行為，然Ａ０１仍不顧A女之反對，竟另行基於成年人故意對少年強制性交之犯意，違反A女意願，以生殖器強行插入A女陰道之方式，對A女為強制性交行為1次得逞。

二、案經A女訴由高雄市政府警察局新興分局報告臺灣高雄地方檢察署檢察官偵查起訴及追加起訴。

理　由

壹、程序部分

一、按性侵害犯罪防治法所稱性侵害犯罪，係指觸犯刑法第221條至第227條、第228條、第229條、第332條第2項第2款、第334條第2項第2款、第348條第2項第1款及其特別法之罪；又因職務或業務知悉或持有性侵害被害人姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別其身分之資料者，除法律另有規定外，應予保密。警察人員必要時應採取保護被害人之安全措施。行政機關、司法機關及軍法機關所製作必須公示之文書，不得揭露被害人之姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別被害人身分之資訊，性侵害犯罪防治法第2條第1項、第12條定有明文。又行政機關及司法機關所製作必須公開之文書，除有其他法律特別規定之情形外，不得揭露足以識別

刑事案件、少年保護事件之當事人或被害人之兒童及少年身分之資訊，兒童及少年福利與權益保障法第69條第1項第4款、第2項亦有明文。另性侵害犯罪防治法第12條及第13條第1項所定其他足資識別被害人身分之資訊，包括被害人照片或影像、聲音、住址、親屬姓名或其關係、就讀學校與班級或工作場所等個人基本資料，性侵害犯罪防治法施行細則第6條，亦定有明文。查本案被害人即證人A女除為性侵害犯罪被害人外，於被害時亦為未滿18歲之少年，此有告訴人A女之真實姓名對照表及年籍資料各1份在卷足憑，因本院製作之判決係屬必須公示之文書，為避免A女身分遭揭露，爰依上開規定，對於被害人及其家人、友人之姓名、年籍、住居所及其他足資識別被害人身分之資訊，均予以隱匿而不揭露，合先敘明。

二、證據能力

㈠證人即告訴人A女、證人即告訴人之母代號AV000-A112537A（下稱B女）、證人羅○昇於警詢中之陳述無證據能力：

按被告以外之人於司法警察（官）調查中所為之陳述，依刑事訴訟法第159條第1項規定，係屬傳聞證據，原則上無證據能力，惟如該陳述與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，依同法第159條之2規定，始例外認為有證據能力。如該陳述與審判中並無不符時，因該陳述並不符合刑事訴訟法第159條之2有關傳聞例外之規定，故不得作為認定本案犯罪事實有無之證據。此時，當以其於審判中之陳述作為證據。本件被告及辯護人爭執證人A女、證人B女、證人羅○昇於警詢中陳述之證據能力。查，證人A女業於偵查中、原審法院以證人身分具結，並於原審法院到庭接受交互詰問，其於警詢中之陳述，核與原審審判中、偵查中之陳述相符；證人B女、證人羅○昇亦於偵查中以證人身份具結證述，其等於警詢中之陳述，核與偵查中之證述相符。依前開說明，其等前揭警詢中之陳述，並無傳聞證據例外之情形，無證據能力。

㈡證人B女、羅○昇於偵查中之證述：

1.原始證人並未就其實際體驗事實發生經過到庭陳述，而由他人至法院當庭轉述者，乃傳聞證人以原始證人於審判外之陳述為內容之傳聞供述，依刑事訴訟法第159條第1項之規定，原則上並無證據能力，必須符合傳聞得為證據之例外情況，始得作為證據，揆其規範目的，旨在防止因傳聞證據可信性低所造成誤導之危險。則證人於審判外向檢察官或他案法官所為陳述，以其本人親身體驗之事實為內容者，因係審判外之陳述，而屬傳聞證據，僅因符合刑事訴訟法第159條之1傳聞法則例外規定之情形而具有證據能力；惟若該審判外陳述，復非依據其本人親身經歷之事實，而係以原始證人（即他人）所體驗之事實為內容，縱形式上符合刑事訴訟法第159條之1所指於審判外向法官、檢察官所為之陳述，然究其本質，已屬傳聞之再傳聞，本於同一法理，仍不得認已符合傳聞例外規定而具有證據能力。又證人陳述之證言，常有就其經歷、見聞、體驗事實與他人轉述參雜不分，一併供述之情形，故以證人之證詞作為性侵害被害人陳述之補強證據，應先釐清其證言組合之內容類型，以資判斷是否具備補強證據之適格。其中如屬於轉述待證被害人陳述被害之經過者，因非依憑自己之經歷、見聞或體驗，而屬於與被害人之陳述被評價為同一性之累積證據，應不具補強證據之適格；但依其陳述內容，苟係以之供為證明被害人之心理狀態，或用以證明被害人之認知，或以之證明對聽聞被害人所造成之影響者，由於該證人之陳述本身並非用來證明其所轉述之內容是否真實，而是作為情況證據（間接證據），以之推論被害人陳述當時之心理或認知，或是供為證明對該被害人所產生之影響，實已等同證人陳述其所目睹之被害人當時之情況，則屬適格之補強證據（最高法院114年度台上字第4933號判決意旨參照）。

2.辯護人於本院爭執證人B女、羅○昇於偵查中之證述，認均無證據能力云云。然查，證人B女、羅○昇於偵查中以證人

之身分，向檢察官所為之證述，應就該等證人之「證詞組合」，分別其內容類型而為不同之評價，其被評定為與告訴人A女之陳述具有同一性或重複性之「累積證據」（如轉述告訴人A女陳述其被害經過之傳聞供述），本院均未採為認定犯罪事實之基礎，但就其等與告訴人接觸之直接觀察及個人實際經驗為基礎所為之陳述，自該當於證人之性質，自非所謂之「傳聞證據」且其等於偵查中業經具結，復無證據顯示其等遭受強暴、脅迫、詐欺、利誘等外力干擾情形，或在影響其心理狀況致妨礙自由陳述等顯不可信之情況下所為，此部分有證據能力。

㈢本案認定事實所引用之卷內被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告ＡＯ１於本院準備程序均同意其作為本案證據之證據能力（本院上訴卷第85、本院侵上訴卷第89頁），且於辯論終結前亦未對該等證據之證據能力聲明異議，本院復審酌前揭陳述作成時之情況，依卷內資料並查無違法取證之瑕疵，亦認以之作為證據為適當，是本案有關被告以外之人於審判外之陳述等供述證據，依刑事訴訟法第159條之5規定，自均得為證據。其餘認定本案犯罪事實之非供述證據，依卷內資料亦查無何違反法定程序取得之情，依刑事訴訟法第158條之4規定反面解釋，應有證據能力。

貳、認定事實所憑之證據及理由

一、訊據被告固坦承透過網路交友軟體認識A女，並與A女相約進行性交易、雙方互相口交之事實，惟否認有何與未滿18歲之少年性交易及強制性交等犯行，辯稱：我有和A女約定有對價的性交易，價錢是3,000元，但我不知道A女未滿18歲，A女沒有特別說年紀，網站註冊要填寫年齡，我用這個軟體遇到的都是成年人。原本約定性交易，當日因為A女說我太胖了，我們只有互相幫對方口交，因為沒有做完全部，所以我也沒有給A女錢，我不知道A女未滿18歲，我也沒有違反A女意願將性器插入陰道的行為等語（侵訴卷第180頁）。

二、經查，被告透過網路交友軟體「Goodnight」認識A女，兩人

約定以3,000元為對價性交易，相約於112年12月10日20時30分許，在獅子王商務旅館606號房，A女赴約後2人有互相口交之行為，且在被告尚未用生殖器進入陰道之情形下，A女曾表達「不想再繼續下去」等情，為被告自承在卷（侵訴卷第34至35、180頁），核與A女之證述大致相符（侵訴卷第86至89頁），並有告訴人A女之交友軟體「Goodnight」個人檔案及聊天紀錄頁面截圖影本1份（偵卷第105、109頁）、與被告(暱稱「顆顆-」)之通訊軟體LINE對話紀錄截圖（彌封卷第55至67、83至107頁）、「獅子王商務旅館」之現場旅客登記表翻拍畫面（彌封卷第69頁）、現場監視器錄影影像翻拍畫面（彌封卷第71至81頁）、指認犯罪嫌疑人紀錄表（警卷第32至35頁）、性侵害案件代號與真實姓名對照表、真實姓名對照表（彌封卷第1、3頁）在卷可參，上開事實首堪認定。

三、被告雖以前詞置辯，惟查：

(一)被告應知悉A女為16歲以上未滿18歲之少年，而與之為有對價之性交易行為：

被告雖抗辯：我不知道A女是未滿18歲之人，網站上註冊就是要填年齡，我用這個通訊軟體遇到的都是成年人等語。惟查，A女於交友軟體「GOOD NIGHT」之基本資料雖記載「年齡18」，有網站資料在卷可憑（偵卷第105頁），然A女於本院審理時證稱：「GOOD NIGHT」交友軟體有限定18歲才可以註冊，我當時有調生日年份，是顯示18歲，我是在電話聊天中跟被告說我的年齡，被告問我讀哪裡、還猜我的年紀，他明確知道我念專二，還問我是16歲吧等語（侵訴卷第86至87頁）。而一般青少年為申請註冊使用交友網站，並為規避交友網站所設定使用者年齡之限制規範，常有謊報而登載不實年齡之高度可能，且該交友軟體註冊年齡資料之欄位，係單憑註冊人自主填寫，未設有任何審核機制，該交友軟體顯示之年齡資訊即不足為信賴基礎，而被告於警詢時供稱：我不知道A女年齡，他只有說他讀護專的五專，我忘記他說幾年

級等語（偵卷第49至50頁），堪認被告應知悉A女在「GOOD NIGHT」上所登載之年齡資料，可能並非真實之年齡。又依A女與被告間LINE通訊軟體對話截圖，A女曾傳送「我要跟我同學吃個東西」之訊息（偵卷彌封袋內不公開卷第61頁），顯見被告對於A女為在學學生應有所認識，加以被告傳訊息給A女「問你一下　你的酒量好嗎　你等等買兩罐你認為喜歡喝的　我再給你錢　你要喝的甜的也可以」，A女回覆被告「他可能會查喔哈哈哈我沒辦法給」，被告又傳訊息「買看看會查就說沒帶　真的不給你買結（告訴人A女證稱此為「就」之筆誤）算了」（偵卷彌封袋內不公開卷第65頁），此經A女於審理中證稱：被告要求我買酒的時候，我有跟他說會查證件，這個意思就是我沒辦法買酒，我在電話中有講我的年紀，我跟被告說我不能買酒，被告應該知道我未滿18歲等語（侵訴卷第97、98頁），而未滿18歲不得購買菸酒、出售菸酒之商店為確認購買者年齡多會查驗證件，此為社會一般人所知常識，故被告自A女關於買酒的回應，亦可知悉A女尚未滿18歲、購買酒類時將無法提示證件供查驗，被告雖辯稱：我就是順著A女的話說，A女提到買酒的事情我沒有聯想到她未滿18歲等語（侵訴卷第201頁）；然以被告知悉A女為五專在學學生、無法提示證件購買酒類，一般人於此情況下應會懷疑A女年齡未滿18歲，被告卻對此毫無探究之意，實有違常理。至辯護人另為被告辯護稱：被告認A女未帶證件故無法買酒云云。然查，被告果係誤認A女未帶證件，又何需多此一舉告訴A女「會查就說沒帶」？且A女在被告回覆「真的不給你買結算了」、「你大概幾點可以過來？」等語之後，不久即回覆被告「我在家了要出門」（偵卷彌封袋內不公開卷第65頁），而既然A女先回家再赴約，豈會有「未帶證件」的問題？被告若有上開誤解，此時不是應該提醒A女帶證件去買酒？然被告卻僅問「要過來了嗎」？對A女回以：「你在哪」、「我沒買到」（偵卷彌封袋內不公開卷第65頁）等語，也毫無反應。顯係被告早自與A女聊天之際即

已知悉A女年齡，益證A女證稱其已將年齡告知被告一事屬實，是被告雖係於「GOOD NIGHT」交友軟體與A女結識，然其透過LINE通訊軟體與A女聯繫時，就A女之年紀已有詢問，並已明確得知A女係未滿18歲之少年，是被告抗辯其不知A女是否年滿18歲云云，顯非可採。

(二)被告有對A女強制性交行為：

1.被告矢口否認有何強制性交犯行，辯稱：我沒有違反A女意願，沒有以生殖器插入對A女為強暴行為等語。辯護人亦為被告辯護稱：A女赴約是為了獲取金錢，A女既已知悉前往旅館目的是約砲，A女對於被告如何未經其同意以生殖器插入陰道說詞反覆，前後矛盾。又A女僅有外陰部檢出被告之DNA-STR型別，陰道內部則無驗出與被告型別相符之檢體，可見被告並未以生殖器插入A女陰道，鑑定書亦無法補強A女之指述。而證人羅○昇、證人即A女之母B女證述關於A女遭被告性侵害之過程均係聽聞A女陳述，並非親身見聞，無法作為補強證據等語（侵訴卷第67至73頁）。

2.就本案之案發經過，證人即告訴人A女歷次證述：

⑴於偵訊時具結證稱：被告說他要給我錢，他沒有說要給我多少錢，印象中他說1500元以上，我知道他想碰我的身體、想發生性行為，我會同意是因為我當時沒有什麼錢，我不想跟爸媽要零用錢。我進房間以後，他關門並把門鎖起來，我坐到床上後看到他，他就開始摸我、叫我去洗澡，我還在洗澡時，他把廁所的燈都關掉，走進來，他走進來就開始摸我，我就跟他說燈可不可以打開，他口頭上跟我說好，可是他沒有把燈打開，我在哭的時候，他把燈打開，我走出去在床上時，問他說他可不可以不要把生殖器放進來，他一開始跟我說不會，他一直用他的身體在靠近我，我有跟他說我真的沒辦法，我有很明確拒絕他，我第一次拒絕他，他說好，但是他一直在碰我的身體，他又要靠近我的時候，我又拒絕第二次，他對我說了不太好聽的話，我忘記內容，後來他還是把他的生殖器放進我的陰道內，我跟他說我不想要這樣，我不

喜歡，但是他沒有停下他的動作。在過程中，他跟我說他給我錢，叫我不要吵，賞我巴掌叫我不要裝，有掐我脖子，叫我以後都要跟他聯絡，他跟我說等他射出來，我就好了等語（偵卷第56至57頁）。

⑵於原審法院審理時具結證稱：我和被告在「GOOD NIGHT」交友軟體上認識，我知道約去旅館可能是要進行性行為，被告說他說他家裡很有錢，可以先約出來一次試試，一次大概2、3000元，我和被告聊天當時沒有事先看到他臉部的照片，只有LINE的頭貼的背景，當時他的穿著打扮讓我認為他是有型的，所以才決定赴約。112年12月10日約在獅子王商務旅館的606號房，是被告訂的房間，我上了6 樓敲門，他開門後躲在門後說了一聲「請進」，我沒有看到他的人，我走了進去後他就將門關上並叫我坐到床上，我坐到床上才看到他的身形、臉部，因為他的照片身形跟本人不一樣，不是我想像中那種比較有型的男生，就不想要再繼續跟他發生關係，我進房當時沒有馬上拒絕他，我認為身形沒辦法跟他抵抗，想先順從他再找機會離開，為了趕快離開，被告摸我、用手指頭插進去私密處和口交這些行為我沒有明確跟他說「不要」，出浴室後、在床上我都有跟被告說「可以不要放進來嗎」，是拒絕他把生殖器放進我的生殖器裡面，被告一開始都說「不會」、「好」、「那就這樣」，但後來被告拿生殖器在我的陰道口徘徊、磨蹭，然後那時候我一再拒後絕他說「不能放進來，真的不行」，但他不顧我的意願，那時第一次磨蹭的時候，他說「不會啦，不可能」，後來他去拿保險套，還是把它放進來了。過程中我有持續跟他說不要，被告叫我「妳不要再裝了，我等一下會給妳錢」，叫我不要吵，然後掐我脖子，對我臉打巴掌打了一下，直到他射精後叫我去洗澡，我洗完澡就收一收穿衣服，沒有跟被告要錢就離開走去光榮碼頭，我在那邊打電話給朋友羅○昇跟他說有人逼我跟他發生關係等語（侵訴卷第86至96、104至105）。

⑶依上可見，證人A女對於本案原係基於被害之大約時間、地

點、答應與被告見面之原因、其不願意被告將生殖器插入之理由及明確表示拒絕、被告以掐脖子及打巴掌等行為壓制A女意願等節，證述清楚明確，且前後證述大致一致，並無反覆不一之情形，具一定可信度。復審酌證人描述遭被告為性侵行為之經過，未見刻意誇大被害情節之舉動，若證人有意誣指被告，大可統整情節證述明確以利陳明，而達使被告受刑事追訴之目的，況證人與被告係因交友軟體隨機配對而認識，認識時間未及1日、實際見面次數僅本次相約於旅館1次，前無仇怨嫌隙，實無誣陷被告之動機與必要，倘非其親身經歷，應無憑空杜撰、虛捏不堪之受害情節，刻意誣指被告入罪之必要。

3.本案除告訴人A女就被害過程之重要情節證述一致如上，並有以下告訴人A女以外之證人，證述關於告訴人A女轉述被害情節之累積證據外，亦有關於其等親身經歷告訴人A女於案發後心理狀態之情況補強證據可資佐證：

⑴證人即A女之友人羅○昇於偵查中證稱：我和A女是網友，事發後一小時左右接到A女LIME語音通話，A女打電話給我時一直在哭，她哭了約15分鐘，我問她發生什麼事，她沒辦法正常陳述。我請她先打電話給她的家人，她當時不敢跟家人說，她覺得很丟臉，她當時也有男朋友，她也不敢跟她男友說，我鼓勵她說這件事很嚴重，所以要請她一定跟家人說。後來她有打電話給家人，在22時42分左右她有打電話給我說媽媽要陪她去報案等語（偵卷第95至97頁）。比對告訴人A女與證人羅○昇之LINE對話紀錄，A女於112年12月11日5時55分許傳送訊息：「謝謝你　我報案也去檢傷了」、「如果沒有你　這件事可能真的成為我心裡一個過不去的坎」、「等等下午兩點要做筆錄，先睡了」（偵卷袋內彌封卷第111頁）等文字訊息予證人羅○昇。可認告訴人A女曾在本案發生後，確因情緒不佳、不敢向家人求助，而向友人羅○昇泣訴，而證人羅○昇證述有關告訴人A女訴說時徬徨無助、長時間哭泣情緒反應、以及A女感受羞恥且不敢向家人求助，

且告訴人A女以如前開LINE文字訊息向證人羅○昇表達心情狀態之內容，均與一般遭性侵害之被害人事後所生之情緒反應相當，益證告訴人A女係親身經歷，而於事發後離開上開旅館不久，立即將之告知友人。

⑵證人即A女之母B女於偵查時證稱：事發當天晚上11點前後半小時，A女打電話給我。她的情緒很激動一直哭泣，她覺得這件事情發生了，她很害怕、很緊張，她覺得事情前後都是不對的。我跟A女父親一起開車下來，陪同A女到派出所報案做採證。事發後的一、兩個禮拜，A女沒辦法到學校上課，她會害怕人，她不知道怎麼面對同學，原本每天早上她要自己一人走路去騎腳踏車，再坐捷運，可是這段3、5分鐘的路程，她走不出去，因為ＡＯ１知道她住在哪個地方的附近，她晚上睡覺也不是睡得這麼安穩等語（偵卷第59頁）。而本件112年12月10日案發後，旋即於翌（11）日5時7分許，B女自桃園市住處南下陪同A女至苓雅分局報案製作筆錄，因A女表示精神狀態欠佳而於同（11）日15時52分許製作警詢筆錄，有警詢筆錄2份（警卷第19至21頁）及B女真實姓名對照表（本院限閱卷內）存卷可參，可徵告訴人A女曾在本案發生後，確因情緒不佳而向母親求助一事，B女並隨即於深夜時分自桃園市南下高雄，可見事態嚴重、A女情緒狀況惡劣，而告訴人B女證述有關告訴人A女訴說時所生之情緒反應，亦與一般遭性侵害之被害人事後所生之情緒反應相當，若非告訴人A女親身經歷，應無於事發不久即告知親人，並自然流露低落、難過及崩潰情緒之可能。

4.準此，綜合告訴人A女前開指述被告強制性交行為，除本身指證前後一致無重大瑕疵外，復有告訴人A女與證人羅○昇之LINE對話紀錄、告訴人A女於本案發生後情緒反應、精神狀況、行為舉止之情狀等相關事證可資佐證，是被告確有違反告訴人A女之意願對其為強制性交行為，洵堪認定。

5.對於被告及辯護人其餘辯解不足採信之理由，及有利證據不採納之理由：

⑴辯護人為被告辯稱：A女於警詢時證稱其要求被告戴保險套，然於偵查中改稱是被告突然去戴保險套，A女就戴保險套之情節證述有所矛盾，且A女若處於被強暴之恐懼，首要反應應為逃離或反抗，不會冷靜指示加戴保險套。另A女於警詢證稱是在床上前戲過程中插入前，才跟被告說不同意以生殖器插入，但A女偵訊時是說到床上之前就說不同意被告以生殖器進入，A女之證述前後不一，不能證明被告有違反其意願等語（侵訴卷第69至70、172頁）。惟人之記憶本會隨時間有所淡忘，且告訴人A女於案發時未滿18歲，囿於其年齡、經驗、智識程度等客觀限制，隨時間經過或強迫性遺忘之心理反應，已經或刻意遺忘案發當時部分情境，在所難免，在事過境遷後，倘若期待其就此難堪之受害過程之時間、過程等內容牢記不忘，誠屬強人所難，況其所述遭被告性侵害之主要情節前後如一，已敘明如前，並均證述其已明確表示拒絕，仍遭被告以生殖器強行插入，就此點未有反覆或矛盾指述，雖就案發時何時對被告表示拒絕以生殖器進入、表達拒絕之意次數等細節有所出入，應認其已依其認知與記憶能力為詳盡之陳述，殊不能僅因部分記憶不清或有前後證述稍有不同之處，即遽認其指述全然不足採信。且告訴人A女於審理時證稱：我當時認為，不管要做什麼，還是要為安全考量，只是說為了以防萬一，為了保護自己，不管被告要做什麼事情，他就是要先去把保險套戴起來就對了等語（侵訴卷第101至102頁），A女於遭受強制性交無從抵抗或逃離之際，以要求被告戴上保險套避免因性交而染疾或懷孕之風險，為A女自保之最後防線，不能以被害人權衡利弊之無奈決定，推論其仍願意繼續性行為、未遭受性侵害，是此部分辯解亦不足採。準此，本院認告訴人A女縱有部分供述前後不完全一致，尚不足影響其對被告指訴之可信度，辯護人此部分所辯，不足憑採。

⑵被告雖辯稱其於A女拒絕繼續性行為後即停止、未以其生殖器插入A女陰道，然此與告訴人A女前開證述歧異，是否可信

已有可疑，且被告於偵訊中自承：A女說我肚子太胖，生殖器太小，她沒辦法繼續下去，她說她沒辦法跟胖子繼續這件事情，我也說OK等語（偵卷第51頁）；於本院審理時供稱：A 女說我真的長的太醜、太胖、生殖器太小所以我們就停止了，當時我沒有戴保險套，我當下聽到時很憤怒，但我沒有發洩在他身上等語（侵訴卷第201頁），則以被告甫與A女進行前戲、口交已慾火難耐卻突遭拒絕之情境下，本不易戛然而止，又再經性行為對象以言語貶抑嘲諷，被告情緒貴張之下，無視A女拒絕而仍強行性交並非難以想像，A女前開證稱被告有掐其脖子、打巴掌之壓制A女行為，可信度甚高。佐以被告於偵訊時自承：我沒有給她錢，她也沒有跟我要，A女就直接離開了等語（偵卷第51頁），A女既懷有性交易可獲得金錢之期許而來，且已配合被告為其進行口交之性交行為，若非遭遇被告對其嚴重侵害，而不及或不敢向被告要求對價，A女豈會未向被告索取對價，益證事發當日非如被告所辯在A女對其批評拒絕後即停止性交行為，被告辯稱未違反A女意願以生殖器插入陰道之方式強制性交，不足採信。

⑶被告及其辯護人雖以告訴人A女採集之外陰部棉棒驗出男性Y染色體與被告型別相符，但陰道內部並無檢出，可見被告僅有對A女口交而未以生殖器插入，難認被告曾對告訴人A女為性侵害之情事等語為辯（侵訴卷第170、180頁）。查被告之唾液與A女外陰部棉棒檢測比對後，鑑定結論為不排除來自被告或與其具同父系血緣關係之人，此有高雄市政府警察局新興分局113年4月29日高市警新分偵字第11371590900號函暨所附之內政部警政署刑事警察局113年4月19日刑生字第1136045088號鑑定書在卷可參（偵卷第77至81頁）；另A女陰道深部棉棒採檢未檢出足資比對之男性Y染色體DNA-STR型別，亦有高雄市政府警察局新興分局113年1月22日高市警新分偵字第11370241100號函暨所附之內政部警政署刑事警察局113年1月11日刑生字第1136004490號鑑定書影本1份可參（偵卷第27至31頁），確僅於A女外陰部採得與被告相符之

檢體，然A女證稱被告以生殖器插入時已戴上保險套，且係射精在其胸部上而非陰道內，業如前述，是被告未於A女陰道內部遺留體液而未能檢出DNA型別，亦屬合理，尚不能以前揭檢驗報告為對被告為有利之認定。

⑷辯護人為被告辯護稱：告訴人A女原係為獲取金錢利益而與被告約定性交易，然告訴人A女證稱赴約見被告相貌不如預期而沒有意願，前後矛盾，不能排除告訴人A女為了掩飾性交易被家人發現、責罰，始轉而指控被告對其性侵害之可能性，告訴人A女證詞欠缺信憑性等語（侵訴卷第171頁）。然告訴人A女係於離開旅館後不久即聯絡友人羅○昇、母親B女，主動告知其等其與網友約見面而遭性侵害之情節，業如前述，並非A女與被告發生性交易遭家人或友人察知後，始指控被告對其性侵害，應無辯護意旨所指A女為掩飾性交易行為轉而指控遭被告強制性交之可能。

⑸辯護人另為被告辯護稱：A女請被告開燈；洗澡時被告用手指在A女陰道內抽插，A女說能不能先不要這樣：A女要戴著蘋果手錶；被告叫A女趴著，A女說不想趴著；A女請被告戴保險套等節，被告均聽從A女之要求。然A又稱與被告所作之猥褻、性行為均係因為不知如何拒絕、反抗、害怕、擔心有危險等，而配合被告，顯與其前開多次對被告提出要求之情形有所不同，可徵A女之供述實有刻意誇大情節等語（侵上訴卷第23、24頁）。然查，A女既自知與被告相較有明顯之體格劣勢，在此一密閉環境內，向外求救有其困難度，且2人本係相約為性交易，被告也為此支付房費、勞力與時間，A女臨時反悔不同意被告為生殖器插入之性交行為，內心擔心若全然不順從被告，會導致自己有人身安全之危險，與吾人所知之經驗法則並無相違之處。所以在A女不能接受之「被告為生殖器插入之性交行為」以外，與被告間就其他事項有所折衝、妥協，以求全身而退，亦屬人情之常，辯護人執此遽而推認A女刻意誇大情節云云，應屬過度推論，礙難憑採。

四、綜上所述，被告及辯護人上開辯詞，均不足採信，本案事證明確，被告前開十八歲以上之人與十六歲以上未滿十八歲之人為性交易、成年人故意對少年犯強制性交之犯行均堪認定，俱應依法論科。

參、論罪

一、核被告犯罪事實(一)所為，係犯兒童及少年性剝削防制條例第31條第2項（追加起訴書之所犯法條欄誤載條號條文為第34條第2項，業經公訴檢察官當庭更正）之18歲以上之人與16歲以上未滿18歲之人為有對價之性交行為罪。又兒童及少年性剝削防制條例第31條第2項之規定，已將「16歲以上未滿18歲之人」列為犯罪構成要件，係以被害人年齡所設特別規定，自無庸再依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項規定加重其刑，附此敘明。

二、刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名。依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段所定：「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一」，其中故意對兒童及少年犯罪之加重，係對被害人為兒童及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（最高法院108年度台上字第174號判決意旨參照）。被告於行為時係成年人，其知悉A女斯時係未滿18歲之少年，要無疑義，則被告所為上開犯行，有前揭加重處罰規定之適用。是核被告犯罪事實一(二)所為，係犯兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第221條第1項之成年人故意對少年犯強制性交罪。公訴意旨認被告所為係犯刑法第221條第1項之強制性交罪，容有誤會，惟其基本社會事實同一，並經本院於審理時告知上開罪名予被告答辯之機會，對被告之防禦權爰予充分保障，爰變更起訴法條予以審理。

三、被告於為18歲以上之人與16歲以上未滿18歲之人為有對價之

性交行為罪後，且既經A女明確表達其不欲與被告進行以男性生殖器插入女性陰道之性交行為，仍戴上保險套，不顧A女反對，另行起意，以生殖器強行插入A女陰道，而犯成年人故意對少年犯強制性交罪。是被告所犯上開二罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。就如犯罪事實一(二)所示被告所為犯行，被告係成年人，其故意對未滿18歲之少年A女犯強制性交罪，應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定，加重其刑。

肆、上訴駁回之說明：

原審以被告上開犯罪事證明確，適用相關規定，以行為人之責任為基礎，審酌被告為宣洩性慾而以金錢誘使身心未臻成熟之16歲以上未滿18歲之A女為性交易，不僅誤導被害人錯誤之人生觀，並斲傷社會善良風氣；又為滿足一己之性慾，即以強暴之方法對未滿18歲之A女為強制性交之行為，嚴重傷害被害人身心，誠應非難。兼衡被告犯後仍否犯行之態度，且未與被害人和解或取得原諒，並參酌其犯罪之動機、目的、手段，及被告如法院紀錄表所示之前科素行，暨其自述之智識程度及生活狀況（侵訴卷第201頁）等一切情狀，各就其所犯十八歲以上之人與十六歲以上未滿十八歲之人為性交易罪、成年人故意對少年犯強制性交罪，分別量處有期徒刑4月、4年6月，並就得易科罰金之刑，諭知如易科罰金，以1000元折算1日之折算標準。已斟酌刑法第57條各款所列事由而為量刑，兼顧對被告有利與不利之科刑資料，既未逾越法定範圍，亦無違背公平正義之精神，客觀上不生量刑畸重或有所失入之裁量權濫用，核與罪刑相當原則無悖，原判決量刑無不當或違法。被告上訴意旨否認犯行，並無可採，已說明如前，檢察官上訴意旨認原審量刑過輕，亦無理由，俱應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官林芝君提起公訴，檢察官王啟明追加起訴，檢察官洪瑞芬提起上訴，檢察官黃莉琄到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　28　　日

刑事第八庭　審判長法　官　陳中和

法　官　莊崑山

法　官　陳紀璋

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　　115　　年　　5　　月　　28　　日

書記官　蔡佳君

附錄本案論罪科刑法條：

《中華民國刑法第221條》

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，處3年以上10年以下有期徒刑。

前項之未遂犯罰之。

《兒童及少年福利與權益保障法第112條》

成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。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。

對於兒童及少年犯罪者，主管機關得獨立告訴。

《兒童及少年性剝削防制條例第31條》

與未滿十六歲之人為有對價之性交或猥褻行為者，依刑法之規定處罰之。

十八歲以上之人與十六歲以上未滿十八歲之人為有對價之性交或猥褻行為者，處3年以下有期徒刑、拘役或新臺幣10萬元以下罰金。

中華民國人民在中華民國領域外犯前二項之罪者，不問犯罪地之法律有無處罰規定，均依本條例處罰。