最高法院刑事判決

108年度台上字第2649號

上　訴　人　林祐陞

選任辯護人　陳俊宏律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國107年9月27日第二審判決（107年度侵上訴字第28號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署106年度偵字第7669號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原審審理結果，認為上訴人林祐陞有原判決事實欄所載之犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處上訴人成年人故意對少年犯乘機性交未遂罪刑，已詳敘其調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

三、按所謂中止犯，依刑法第27條第1項前段之規定，係指「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者」而言；亦即，除了具備一般未遂犯的成立要件之外，必須行為人主觀上出於自願之意思，客觀上因而中止實行犯罪（未了未遂之中止）或防止其結果之發生（既了未遂之中止），結果之不發生，乃出於自願之中止行為，而非因外在非預期之障礙事由；主觀自願性之要件，是指「縱使我能，我也不要」，此乃與障礙未遂之區別。否則，著手犯罪後，因非預期之外界因素影響，依一般社會通念，可預期犯罪之結

果無法遂行，或行為人認知，當時可資運用或替代之實行手段，無法或難以達到犯罪結果（包括行為人繼續實行將會招致過大風險，例如事跡敗露之風險），因而消極放棄犯罪實行之情形，即非因己意而中止未遂，應屬障礙未遂之範疇。原判決依憑卷內證據資料，認定上訴人於對未滿16歲之A女（民國00年0月生，警卷代號：00000000000，人別資料詳卷）利用其熟睡，著手性交行為之過程中，見A女二度翻身、拉上棉被，可能即將醒來，始未繼續其性交犯行，並以上訴人放棄繼續實行犯行，既因外在不得已之障礙事由，為免事跡敗露而消極放棄，並非出於自願而中止犯罪，自無中止未遂之適用，原判決論以障礙未遂，洵無違法可指。

四、刑法第227條第3項所定對於14歲以上未滿16歲之男女為性交者，以行為人未違反幼年人之意願，然為保護幼年人自我身心健全發展之權利，而成立之犯罪；倘行為人對於幼年人利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類情形，不知或不能抗拒而為性交者，為保護不能或不知抗拒者之性自主，自應論以刑法第225條第1項之乘機性交罪。原判決以本件上訴人利用A女熟睡，處於不能抗拒之狀況，對A女著手性交行為而未遂，雖A女事後清醒，因擔心自身安危而繼續裝睡，過程中並無同意或不違背意願之表現，應從上訴人之主觀犯意，以刑法第225條第3項、第1項之乘機性交未遂罪論處，尚無從論以刑法第227條第5項、第3項之罪名，因而論以上訴人成年人故意對少年犯乘機性交未遂罪，自無上訴意旨所稱違法可指。

五、上訴意旨置原判決之論敘於不顧，猶執前詞，仍謂：原判決未加詳察而未適用刑法第27條第1項已意中止之規定減免其刑，且其所為應論以刑法第227條第3項之罪，原判決論罪已屬違背法令等語。經核係憑持己見，對原判決明白說明之事項，任意爭執，難謂已符合法定之第三審上訴要件。本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　26　　日

最高法院刑事第五庭

審判長法官　林　勤　純

法官　許　錦　印

法官　蔡　新　毅

法官　莊　松　泉

法官　王　梅　英

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　10　　月　　2　　日