最高法院刑事判決

109年度台上字第624號

上　訴　人　蕭彥豪

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國108 年10月30日第二審判決（108 年度侵上訴字第16號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署107 年度偵字第4631號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於蕭彥豪成年人故意對少年犯強制性交（即原判決犯罪事實欄三即其附表編號3 所載）部分撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即原判決犯罪事實欄三即其附表編號3 所載，論上訴人以成年人故意對少年犯強制性交罪）部分：

本件原判決認定上訴人蕭彥豪有如其犯罪事實欄三所載，即於民國107 年10月19日23時許（上訴人當時已成年），在花蓮市○○路○○○ 巷○○號○○汽車旅館，與16歲以上未滿18歲之A 女（00年0 月0出生，真實姓名年籍資料詳卷）為有對價之性交行為時，明知A 女不願意讓上訴人以其生殖器不戴保險套之方式與其為性交行為，遂要求A 女同意以其未戴保險套之生殖器在A 女大腿內側、陰道外面摩擦，經A 女同意後，上訴人於以其生殖器摩擦A 女大腿內側、陰道外面之際，竟基於強制性交之犯意，違反A 女之意願，強行將其未戴保險套之生殖器插入A 女之生殖器內，以此方式對A 女強制性交得逞，A 女察覺後立即移動身體表示拒絕，並要求上訴人戴上保險套，上訴人方應A 女之要求戴上保險套而與A 女完成性交行為；上訴人並趁其與A 女性交而A 女不注意之際，持手機拍攝其與A 女為性交行為之電子訊號，及無故竊錄A 女臀部、陰部等身體隱私部位之犯行，因而撤銷第一審就前揭部分科刑之判決，改判仍論以如原判決附表編號3 「原判決主文」欄所載之3 罪，並依想像競合犯關係從一重論上訴人以成年人故意對少年犯強制性交罪，於依兒童及少年福利與權益保障法第

112 條第1 項前段之規定加重其刑後，處有期徒刑4 年，及諭知相關之沒收，固非無見。

惟證據雖已調查，若尚有其他足以影響於判決結果之重要證據或疑點未予調查釐清者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又兒童及少年性剝削防制條例第36條第3 項規定以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使兒童或少年被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品之強制拍攝性交猥褻影像罪，其所指「違反本人意願之方法」，係指該條所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法而言，且不以類似於所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術及催眠術等方法為必要，祇要其所為具有壓制或妨礙被害人意思自由之作用者，即合於「違反本人意願之方法」之要件。而為了保護兒童及少年免於成為色情影像拍攝對象，以維護兒童及少年身心健全發展之普世價值，參照兒童權利公約第19條第1 項規定：「簽約國應採取一切適當之立法、行政、社會與教育措施，保護兒童（該公約所稱『兒童』係指未滿18歲之人）……不受到任何形式之身心暴力、傷害或虐待、疏忽或疏失、不當對待或剝削，包括性虐待。」，及公民與政治權利國際公約第24條第1 項規定：「所有兒童有權享受家庭、社會及國家為其未成年身分給予之必需保護措施……」，暨經濟社會文化權利國際公約第10條第3 項規定：「所有兒童及少年應有特種措施予以保護與協助……」意旨（按：依兒童權利公約施行法第2 條，以及公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第2 條之規定，上開公約所揭示保障及促進兒童及少年權利暨保障人權之規定，均具有國內法律之效力），以及我國為了保護兒童及少年身心健全發展，防制兒童及少年成為性交易或拍攝色情影像之對象，特別制定兒童及少年性剝削防制條例之立法目的，應由保護兒童及少年之角度，解釋本條項所指「違反本人意願之方法」之意涵，即凡兒童及少年被人拍攝性交或猥褻等色情影像之當下，係因行為人刻意隱匿或不告知兒童及少年將被

拍攝，致該兒童及少年處於不知被拍攝之狀態，以致無法對於被拍攝行為表達反對之意思，乃剝奪兒童及少年是否同意被拍攝性交或猥褻行為影片之選擇自由。再依一般社會健全觀念以及法律對於兒童及少年身心健康發展應特別加以保護之觀點而言，以前述隱匿而不告知之方式偷拍或竊錄兒童及少年性交或猥褻行為之影片，顯然具有妨礙兒童及少年意思自由之作用，就其結果而言，無異壓抑兒童及少年之意願，而使其等形同被迫而遭受偷拍性交或猥褻行為影片之結果，依前揭規定及說明，亦應認屬違反本人意願之方法。本件原判決於其犯罪事實欄三內記載：……上訴人趁A 女不注意之際，持其所有之手機拍攝其與A 女為性交行為之電子訊號，及無故竊錄A 女臀部、陰部等身體隱私部位等情（見原判決第2 頁倒數第2 行至第3 頁第1 行）；並於其理由欄乙、一、㈡之⑴內說明：上訴人趁A 女不注意時，持其所有之手機拍攝與A 女為性交行為之電子訊號及竊錄A 女身體隱私部位等事實，業據上訴人供承不諱等旨（見原判決第6 頁倒數第10至12行），並認上訴人前揭所為係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第1 項拍攝少年為性交行為之電子訊號罪（見原判決第13頁倒數第10至11行）。但原判決犯罪事實欄及理由欄均僅記載說明：上訴人趁A 女不注意之際，持其所有之手機拍攝其與A 女為性交行為之電子訊號，及無故竊錄A 女臀部、陰部等身體隱私部位等旨，俱未記載或說明A 女事前究竟有無同意上訴人拍攝其與上訴人為性交行為之電子訊號？抑係A 女當時對於上訴人前述拍攝及竊錄行為係處於完全不知情之狀態？其犯罪事實及理由關於上情之記載及說明俱欠周詳，以上疑點攸關上訴人前揭所為究係觸犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第1 項拍攝少年為性交行為之電子訊號罪？抑係觸犯同條例第3 項之以違反本人意願之方法拍攝少年為性交行為之電子訊號罪，事實尚非明瞭，猶有一併詳加調查釐清及剖析說明之必要。原審對上開疑點未詳加調查釐清論敘明白，遽認上訴人前揭所為係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第1 項拍攝少年為性交行為之電子訊號罪，尚嫌速斷，難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。上訴人上訴意旨雖

未指摘及此，然以上為本院得依職權調查之事項，且第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，原判決前揭違背法令之情形，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於如其犯罪事實三所載部分有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回部分：

一、脅迫使少年為有對價之性交既遂及未遂各1罪（即原判決犯罪事實欄二、四即其附表編號2、4所載）部分：

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非依據卷內訴訟資料，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。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人有其犯罪事實欄二所載以脅迫及詐術使A女為有對價之性交，以及有其犯罪事實欄四所載以脅迫使A女為有對價性交未遂之犯行，因而撤銷第一審關於上訴人所犯如原判決犯罪事實欄二、四所載部分科刑之判決，就上訴人所犯如原判決犯罪事實欄二所載部分變更檢察官起訴所引應適用之法條，改判依想像競合犯關係從一重論上訴人以犯脅迫使少年為有對價之性交罪，處有期徒刑7年4月，及諭知相關之沒收，以及就上訴人所犯如原判決犯罪事實欄四所載部分變更檢察官起訴所引應適用之法條，改判論上訴人以脅迫使少年為有對價之性交未遂罪，於依刑法第25條第2項未遂犯之規定減輕其刑後，處有期徒刑3年8月，及諭知相關之沒收，並就上訴人所犯如原判決犯罪事實欄二、四所載共2罪（即脅迫使少年為有對價之性交既遂及未遂各1罪），以及上訴人所犯如原判決犯罪事實欄一所載之罪（即引誘使少年為有對價之性交1罪，另予駁回，詳如後述），暨上訴人所犯如原判決犯罪事實欄三所載之罪（即成年人故意對少年犯強制性交1罪，另予撤銷，詳如前述）所處之有期徒刑，合併定其應執行之刑為有期徒刑8年8月，已詳敘其所憑證據及認定之理由；

對於上訴人就此部分所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。核其所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按，從形式上觀察，原判決關於此2 罪部分並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

上訴人上訴意旨略以：㈠、關於如原判決犯罪事實欄二所載部分：依A 女於警詢及第一審審理時所為之證詞，以及伊於偵查中及事實審法院審理時所供述之內容以觀，可見伊雖以持有A 女之私密影像為由，企圖脅迫A 女與伊為性交行為，但遭A 女明確拒絕後，伊即改以提出雙倍即新臺幣（下同）8,000 元之高價，引誘A 女與伊為性交行為，A 女係因受到伊所提前揭高價之引誘，始改口答應與伊碰面並為性交行為，可見A 女同意與伊為性交行為，與伊上述對A 女所實行之脅迫行為無關，故伊前揭犯行應僅該當於兒童及少年性剝削防制條例第33條第1 項脅迫使少年為有對價性交罪之未遂犯，以及同條例第32條第1 項之引誘少年為有對價之性交罪。乃原審未詳查實情，遽認伊所為如原判決犯罪事實欄二所載部分之犯行，係犯兒童及少年性剝削防制條例第33條第1 項脅迫使少年為有對價之性交，及同條例第32條第1 項後段以詐術使少年為有對價之性交罪，並依想像競合犯關係從一重論以脅迫使少年為有對價之性交罪，殊有可議。㈡、關於如原判決犯罪事實欄四所載部分：依A 女於警詢時所為之相關證詞，以及A 女與伊以通訊軟體對話之內容以觀，可見伊係以不將A 女之私密影像外流作為條件，用以恐嚇A 女與伊為性交行為，雙方於通話過程中並未提及為性交行為之對價，是伊所為與兒童及少年性剝削防制條例第33條第1 項脅迫使少年為有對價之性交之構成要件不符，至多僅應論伊以刑法第221 條第2 項之強制性交未遂罪，並依兒童及少年福利與權益保障法第112 條第1 項前段之規定加重其刑。乃原判決未詳加查明釐清，遽就此部分論伊以脅迫使少年為有對價之性交未遂罪，亦有欠當云云。

惟證據之取捨與事實之認定，均屬事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。㈠、原判決就上訴人有如其犯罪事實欄二所載，即

以不將A女私密影像外流作為脅迫手段，並提出雙倍於原先約定之價格（4,000元）即8,000元作為代價，使A女同意與其為有對價之性交行為後，復向A女謊稱身上攜帶現金不安全為由，將其所拾獲而予以侵占之黃思佳所有國泰世華商業銀行金融卡（上訴人前揭侵占遺失物犯行部分業經判刑確定）交與A女，並向A女告以不實之金融卡密碼，要A女持該金融卡自行前往提領性交易代價8,000元，嗣A女持該金融卡前往銀行自動櫃員機提領上開款項遭拒，始知受騙之犯行，已引用A女於偵查中及第一審審理時證稱：伊之所以答應與上訴人為該次性交行為，除了因上訴人提高性交易之價格外，亦包含害怕伊之裸照外流等語，以及上訴人於第一審審理時就上述犯罪情節所為相關供述等證據資料，說明A女係同時遭上訴人以不將其私密影像外流之脅迫方法，暨上訴人提出雙倍即8,000元之高價作為性交易代價，始同意與上訴人為性交行為，因認上訴人所為如原判決犯罪事實欄二所載部分之犯行，係以一行為同時觸犯兒童及少年性剝削防制條例第33條第1項之脅迫使少年為有對價之性交罪，及同條例第32條第1項後段之以詐術使少年為有對價之性交罪，應依想像競合犯關係從一重之脅迫使少年為有對價之性交罪處斷等情綦詳（見原判決第4頁第7行至第6頁第2行、第13頁第7至11行）。㈡、原判決對於上訴人就其所犯如其犯罪事實欄四所載，即以通訊軟體傳送A女私密影像予A女，脅迫A女必須與其為有對價之性交行為，嗣經A女報警查獲而未遂之犯行部分，辯稱：伊與A女對話時並未提到為性交行為之對價，故伊所為與兒童及少年性剝削防制條例第33條第1項脅迫使少年為有對價性交罪之構成要件不符，不得論伊以上開罪名之未遂犯云云，何以並無足取，已引用上訴人於第一審審理時供承：伊傳送A女身體隱私部位之影像予A女，是希望A女能繼續與伊為性交易之意思等語，以及上訴人與A女間以通訊軟體對話紀錄，暨A女於警詢時所為之相關證詞等證據資料，詳予指駁及說明，因認上訴人所為如原判決犯罪事實欄四所載之犯行部分，係犯兒童及少年性剝削防制條例第33條第5項、第1項脅迫使少年為有對價之性交未遂罪等情綦詳（見原判

決第9頁倒數第5行至第11頁第16行、第14頁第1至2行）。核原判決所為之前揭論斷，俱與經驗、論理法則無違，且其法律之適用亦均無違誤。上訴意旨置原判決上揭明確之論斷於不顧，猶執原判決所不採之同一主張及辯解，再事爭論，同非適法之第三審上訴理由。至上訴人對此2罪部分所列其餘上訴意旨，均非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，徒就原審採證認事職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，暨其他不影響於判決結果之枝節性問題，漫為爭辯，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首開說明，上訴人對於此2罪部分之上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

二、引誘使少年為有對價之性交（即原判決犯罪事實欄一即其附表編號1所載）部分：

按上訴得對於判決之一部為之，並未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348條第1項定有明文。上訴人對原判決不服，提起上訴，並未聲明為一部上訴，依前揭規定，應視為全部上訴（即對於引誘使少年為有對價之性交1罪部分，亦已上訴）。又查第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，此觀刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段規定甚明。本件上訴人不服原判決，於108年11月14日具狀提起上訴，但並未敘述理由，而其於同年月22日及109年1月15日所提出之上訴理由狀，亦僅就原判決關於脅迫使少年為有對價之性交既遂及未遂各1罪（即原判決犯罪事實欄二、四所載），以及成年人故意對少年犯強制性交1罪（即原判決犯罪事實欄三所載）部分為爭執，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未就原判決關於引誘使少年為有對價之性交（即原判決犯罪事實欄一所載）部分提出其上訴理由，依上開規定，其對於引誘使少年為有對價之性交部分之上訴並非合法，亦應併予駁回。又原判決已敘明上訴人於原審審理時已就如第一審判決附表編號1、2（即侵占遺失物共

2罪）、編號3所示其中關於竊錄身體隱私部分、編號4所示其中關於冒用身分證部分、編號5（即與16歲以上未滿18歲之人為有對價之性交1罪、冒用身分證1罪及竊盜1罪）及編號6所示其中關於冒用身分證1罪部分，均撤回第二審之上訴確定（見原判決理由欄甲之一），並已經原審法院送檢察官執行，故本院就上述部分自勿庸審理，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條、第397條、第401條，判決如主文

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　20　　日

最高法院刑事第二庭

審判長法官　郭　毓　洲

法官　沈　揚　仁

法官　林　靜　芬

法官　蔡　憲　德

法官　張　祺　祥

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　24　　日