

# 臺灣高等法院高雄分院刑事判決

109年度侵上訴字第50號

上訴人

即被告 吳家成

選任辯護人 陳宗賢律師（法扶律師）

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣屏東地方法院108年度侵訴字第46號，中華民國109年2月18日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署108年度偵字第4589號），提起上訴，本院判決如下：

主文

原判決撤銷。

乙○○對於十四歲以上未滿十六歲之女子為性交，共貳罪，各處有期徒刑壹年捌月。應執行有期徒刑貳年拾月。

事實

一、乙○○於民國108年3月底，於網路認識未滿14歲之代號BQ000-A000000號女子（民國00年00月0生，年籍詳卷，下稱甲○），其主觀上雖不知悉甲○為未滿14歲之女子，惟經由甲○以Instagram（IG）通訊時穿著○○國中（名稱詳卷）體育服，且甲○亦曾在○○國中教室內（可看見有擺設課桌椅等），以穿著繡有姓名、學號及○○國中字樣之學校制服與其進行視訊等情，主觀上已可清楚認識到甲○斯時係未滿16歲之現就讀國中之女子，仍分別為下述犯行：

(一)、乙○○於108年4月5日，邀約甲○外出後返回其位於屏東縣○○市○○○路○○號「仁堂檳榔攤」2樓房間，於該日23時許，基於對於14歲以上未滿16歲女子性交之犯意（所知輕於所犯從其所知），趁與甲○共同躺臥在該房間床上休息時，於未違反甲○意願之情形下，將膝蓋跨過甲○身體，以右手撫摸甲○胸部，再將左手伸至甲○背後解開甲○所著內衣，同時親吻甲○臉頰、脖子等處，將甲○所著上衣、褲子脫去後，將其陰莖插入甲○陰道內抽動至射精，對甲○為性交行為得逞。

(二)、乙○○於翌（6）日10時許，又在上述地點，另基於對14歲

01 以上未滿16歲女子性交之犯意（所知輕於所犯從其所知），  
02 於不違反甲○意願之情形下，掀開甲○所著上衣及內衣，親  
03 吻甲○臉部、嘴巴與脖子等位置，再將其陰莖插入甲○陰道  
04 內抽動至射精，對甲○為性交行為得逞。嗣甲○透過友人聯  
05 繫甲○阿姨即代號BQ000-A108023A號（年籍詳卷，下稱B女  
06 ），於同月7日在電話中告知B女上情後，報警處理而查獲  
07 上情。

08 二、案經屏東縣警察局東港分局報請臺灣屏東地方檢察署檢察官  
09 偵查起訴。

10 理 由

11 壹、證據能力：

12 按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，屬傳聞證據，  
13 原則上不得作為證據；惟按被告以外之人於審判外之陳述，  
14 雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，而  
15 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  
16 書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴  
17 訟法第159條第1項、第159條之5第1項分別定有明文。  
18 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  
19 據程序，且檢察官、被告及辯護人於本院審理時均明示同意  
20 有證據能力（見本院卷第85至87、141頁），基於尊重當事  
21 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  
22 現之理念，本院審酌該等證據作成時情況，並無違法取證之  
23 瑕疵，且無顯不可信之情形，以之作為證據應屬適當，自均  
24 有證據能力。

25 貳、實體部分：

26 訊據上訴人即被告乙○○承認有於108年3月底於網路認識  
27 甲○，並於上揭時地與甲○為2次性交行為之事實；惟否認  
28 本件犯行，辯稱：甲○跟我講她17歲，我才相信她17歲，不  
29 知道她未滿14歲云云。經查：

30 (一)、被告於108年3月底經由網路認識甲○，並於上揭時地與A  
31 女為2次性交行為之事實，業據被告坦認在卷，並經證人即

告訴人甲○於警偵、原審及本院證述綦詳，並有內政部警政署刑事警察局108年7月9日刑生字第1080046037號鑑定書（甲○外陰部棉棒、陰道深部棉棒檢出同一種男性Y染色體DNA-STR型別，與乙○○男性Y染色體DNA-STR型別相符）及屏基醫院財團法人屏東基督教醫院受理疑似性侵害事件驗傷診斷書在卷可稽（見偵卷第55至58頁及後密封袋內），此部分事實，堪以認定。

(二)、被告於108年4月5、6日與甲○為本件2次性交行為之前，即曾與其他年約14歲國中生交往，並明知不得與未滿16歲女子發生性交行為等情，業據被告於警詢及偵訊供承在卷（見警卷第3頁反面；偵卷第43頁），是被告於108年3月底至4月初與甲○交往時，依其過往結交女友之經驗，倘欲進一步發生年少女子性交行為，應先確認該名女子之實際年齡，以免觸法，就此以觀，被告辯稱：其聽信甲○自稱已17歲，完全未加求證云云，顯與被告過往交往女友經驗不符，尚難採信。又被告於偵訊供承甲○以Instagram（即IG）與其通訊時，曾穿著○○國中體育服，其看過甲○穿著學校制服，且（甲○）在學校也有視訊過，課桌椅擺設就像是國中、高中之課桌椅，當時視訊時，旁邊的同學看起來均像14、15歲等語（見偵卷第41至43頁）。又告訴人甲○係00年00月出生，於案發時（108年4月間）係就讀○○國中一年級學生（13歲），而○○國中之冬季及夏季制服、運動服所繡的學號、校徽等樣式相同，其中運動服繡有班級及姓名（亦有校徽），另制服上則以標楷體繡有「○○國中、學號、姓名、班級」等字樣，此經本院向○○國中函查明確，並有○○國中檢附該校107學年度（即甲○入學年度）新生運動服、制服圖樣及卷附甲○年籍資料在卷可稽（見本院卷第127至129頁及偵卷後密封袋內）。佐以，證人甲○於偵訊證稱：我與被告於108年4月5日（案發日）之前有視訊過，我有穿國中制服，我的制服上繡校徽、學號、姓名等語（見偵卷第21頁）；並於本院證稱：108年4月5日、6日我就讀○○

國中一年級下學期，被告於我就讀○○國中時候有跟我視訊過，當時我在○○國中的教室跟被告視訊。我跟被告用IG聯絡過，我的IG上面有（學校）校徽、學號、姓名，我IG上面照片就是如同法官當庭提示卷宗第129頁下方的制服（即上開○○國中函復本院之學校制服照片），制服上面繡有○○國中、校徽、姓名、班級等。我跟被告視訊的時候都是在上學的時候（並非放假去學校），當時學校還沒有放學，被告與我視訊的時候，可以看到我旁邊附近也有其他同學走動，我上課的時候都是穿學校的服裝，是穿制服。我於108年4月5日、6日之前，第1次係於108年4月4日在○○國小與被告見面，第2次於108年4月5日與被告約在公園見面，之後被告載我到檳榔攤，然後在該檳榔攤（2樓）發生性交行為等語（見本院卷第145至150、155頁）。綜上各情，可知被告與甲○為本件2次性交行為之前，已經由IG看見甲○穿著○○國中運動服（體育服），且透過視訊目睹甲○穿著○○國中制服上課之教室內實況，並與甲○相約在○○國小見面之實際接觸經驗，即已明確知悉甲○係現就讀○○國中之學生無訛。此由被告於本院供稱：我就讀國中是15歲畢業的，我於國中畢業之前未滿16歲等語（見本院卷第168頁），此一經驗與我國學制之國中生年齡約介於12至15歲間相當，足見被告於行為時，確實知道甲○係未滿16歲之國中生，並無疑義。

(三)、至證人甲○於偵訊與原審證述：其與被告認識時自稱17歲云云（見偵卷第15頁；原審卷第62頁）。然查：證人即甲○（繼母）監護人B女（代號BQ000-A108023A號）於偵訊證稱：甲○的身高比一般同年齡矮，講話也不像高中生等語（見偵卷第29頁）；另證人即社工（代號251393）於偵訊證稱：在溝通過程中，發覺她對於艱澀的用語不理解，她的身型、言行都不符合高中生等語（見偵卷第29頁），核與原審當庭勘驗甲○之身型確實嬌小等情大致相符（按：甲○之身高、體重等均詳原審卷第61頁正反面勘驗筆錄所載），並有本院當

庭拍攝甲○之現況照片可參（見本院卷證物袋），顯示就一般人作客觀觀察，甲○之身型確實不像高中生；何況被告於行為時既已知悉甲○係未滿16歲國中生（已如前(二)述），此一主觀上之認識，並不會僅因甲○口頭上有無向其表示「17歲」而作不同認定。再者，依我國目前之學制，一般國中生之就學年齡為12至15歲間（並非均未滿14歲），且證人甲○亦未證述其於案發之前曾向被告告知其實際年齡為13歲；況且甲○於案發時（108年4月5、6日），距離其年滿14歲僅約7個月左右（即108年11月間）；又縱甲○斯時所穿○○國中制服學號（數字）可辨識出於何年度入學就讀國中，茲因○○國中之運動服並未繡有學號（詳前所述），且甲○於本院審理時（見本院卷第144至147頁），對於其就讀○○國中之學號為何一節，仍無法為完整陳述，於未經本院提示詢問之前，仍未能充分瞭學號數字所代表之意涵（如學號第1個數字代表其入學之年度等），自難憑此逕採為不利被告之認定，依罪疑唯輕原則，爰認定被告於行為時，主觀上僅認識甲○為14歲以上未滿16歲之女子。基此，公訴意旨認被告於行為時明知甲○係未滿14歲女子云云，依檢察官所舉之證據（參見起訴書第1至5頁），並無法解讀出此一結論，為本院所不採。

(四)、公訴意旨雖認被告係以違反甲○意願而為該2次性交云云。惟查：

1. 證人甲○於警詢固稱：「性行為過程中，我有跟被告說不要。他在我和他交往後，透過LINE電話，他問我，他想跟我那個，我回答他不要」等語（見警卷第10至13頁）。然揆諸A女自108年3月31日與被告之聊天紀錄，均以「老公」稱呼被告，並於該日13時1分許，主動向被告表示：「老公你要陪我睡覺」一詞；於108年4月4日下午5時59分（即本件案發前1日），被告向甲○詢問：「如果我要拿你的第一次你會給嗎」等語，甲○則答以：「會啊」、「因為我愛你」等詞，後兩人旋相約於108年4月5日見面後，而為本件2

01 次性交行為，此有被告與甲○自108年3月29日至108年4  
02 月8日之LINE對話紀錄可參（見警卷第23至35頁）。衡以，  
03 被告與甲○於發生本件性交行為前，並無甲○拒絕與被告  
04 發生性行為之意，甚於被告與甲○發生性行為後，被告主動  
05 發之簡訊，亦無異常之處，是甲○指陳稱其遭被告強制為性  
06 交行為，已非無疑。況且，證人甲○於原審審理時，對於被  
07 告「如何」施以強制與之發生性行為，則未作答，或稱：「  
08 忘記了」等語（見原審卷第63頁），自難僅憑甲○於警詢、  
09 偵查之片面指訴，遽為被告為強制性交之認定。

10 2. 證人甲○嗣於本院雖仍證稱：被告係違反其意願而為本件2次  
11 次性交等情，並表示上開被告於108年4月4日下午5時59  
12 分（案發前1日）許向其詢問：「如果我要拿你的第一次你  
13 會給嗎」時，因其不知道「第一次」是之意涵為何，所以才  
14 會答以：「會啊」等語（見本院卷第151至154頁）。然如  
15 上述，本件除甲○之單一指述外，並無其他積極事證可佐被  
16 告係以違反甲○意願之方式為本件2次性交行為。參以，被  
17 告於案發前1日向甲○詢問：「如果我要拿你的第一次你會  
18 給嗎？」，甲○當下即已明確答稱：「會啊」、「因為我愛  
19 你」等語，接著被告問：「認真辣」，甲○回稱：「我認真  
20 的阿」，被告又問：「…為什麼你之前的男友要拿你不要而  
21 我你就願意給，…而且認真問你，你真的還是處女哦」，A  
22 女回稱：「真的處女…」等語，此有上開被告與甲○之LINE  
23 對話可參（見警卷第26頁），顯見甲○對性方面已有相當之  
24 認識，嗣2人果真於翌日即108年4月5日相約見面（即第  
25 2次相約在公園見面），且甲○亦由被告載其到上址檳榔攤  
26 過夜，進而在該檳榔攤2樓發生本件2次性交行為（如上(一)  
27 所述），綜合其2人之對話內容、後續果真相約見面，以及  
28 甲○亦同意由被告載往上址檳榔攤過夜之互動實況，可知A  
29 女於本院所稱其不知道「第一次」之意涵為何，才會回答被  
30 告「會阿」之說詞，確有疑義。

31 3. 再者，甲○於108年4月5日當晚與被告發生性交行為後，

01 仍選擇在該址過夜，復於翌（6）日上午又在該址與被告發  
02 生性交行為；且依證人甲○於警詢所述：被告於第1次對其  
03 為性交行為後，並未叫我不能將此事說出去，之後被告就睡  
04 覺了，我就睡在他旁邊，我當時沒有向被告反映要回家，被  
05 告亦沒有阻止我使用手機通訊，我當時也沒有使用手機求救  
06 或跟他人說被告對我性侵之事。之後於隔天即108年4月6  
07 日10時許，被告在同一處房間內，當時我躺在他床上睡覺，  
08 被告躺在我旁邊他轉過來抱我（…後續關於性交過程之陳  
09 述略），被告不曾生氣打過我。在（108年）4月5日18時  
10 許到23時許睡覺前都在仁堂檳榔攤，4月6日13時許到15時  
11 許被告曾帶我去他姑姑的工作地，我在被告家中的期間有吃  
12 餐點是4月6日，是被告去超商買的麵，這是我要求他要吃  
13 東西他才出去買的。被告在對我性交過程中有沒有造成我的  
14 傷害。被告在（108年）4月6日下午有問我什麼時候要回  
15 家，我告訴他晚一點等我朋友來載我。被告在我於他家中（  
16 檳榔攤）時，沒有限制我的行動自由或不得透過手機跟別人  
17 講話等語（見警卷第11頁反面至13頁）。可見被告與甲○同  
18 處於上址檳榔攤期間內，並未對甲○施用暴力，且甲○於第  
19 1次與被告發生性交行為後，仍與被告同床共眠，且被告亦  
20 有外出購物或偕同甲○外出，並非將甲○拘禁於該址或限制  
21 甲○之行動自由，亦未見被告有何阻止甲○與外界聯絡、或  
22 求援之具體行為，被告甚至曾詢問甲○何時要回家。佐以，  
23 觀之甲○於108年4月6日15時許步出檳榔攤之監視錄影截  
24 取照片（見原審卷第43至44頁），可知該檳榔攤係開放空間  
25 ，門口尚有多人同時在該處活動，且在場之人神態自若，A  
26 女係自行步出該址，並無他人加以拘禁之情形，倘若甲○果  
27 真在該址遭受被告以違反意願方式性侵2次，衡情甲○當可  
28 適時向在場之人求援，然均未見甲○有何向外求援、或積極  
29 展現欲離去該址之具體言行，綜合此情，凡此均難認被告係  
30 以違反甲○意願之方式為本件2次性交行為。從而，公訴意  
31 旨認被告係以違反甲○意願而為該2次性交等情，尚乏積極

證據可證，為本院所不採。

(五)、綜上所述，本件事證明確，被告上開犯行，均堪認定，應依法論科。

## 二、論罪：

(一)、按刑法上犯罪之故意，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。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，且二罪法定刑不同，揆之前揭「所犯重於犯人所知，從其所知」之法理，自應適用行為人主觀上所認識之罪論處。查，被告於行為時甲○雖為13歲，且甲○證述被告以違反其意願方式為性交行為，惟本件既無積極證據足資證明被告明知或可得而知甲○為未滿14歲女子，及被告係以違反A女意願方式為本件2次性交行為，基於「罪疑惟輕」及「所知輕於所犯從其所知」之法則，認被告僅具有與14歲以上、未滿16歲之女子為合意性交之故意。

(二)、核被告如事實一(一)(二)所為，均係犯刑法第227條第3項之對於14歲以上未滿16歲之女子為性交罪（共2罪）。公訴意旨認被告2次與甲○為性交行為，均犯刑法第222條第1項第12款之對於未滿14歲女子為強制性交罪嫌，容有未恰，惟基本社會事實仍屬同一，爰變更起訴法條審理（見本院卷第140頁）。被告就事實一(一)(二)部分，係各基於同一目的密接而為，且持續侵害同一法益，為接續犯，應各論以接續犯一罪。又被告於事實一(一)之性交行為結束後，與甲○均已入眠，

01 俟翌日上午10時許甦醒後，又與甲○為事實一(二)之性交行為  
02 ；前後時間可分，顯係基於各別犯意所為，應分論併罰。

03 三、上訴論斷：

04 (一)、原審據以論處被告罪刑，固非無見。惟查：本件缺乏積極證  
05 據足證被告對於甲○係未滿14歲女子一事有所認識（明知或  
06 可得而知甲○為未滿14歲女子），被告主觀上僅認知甲○為  
07 14歲以上未滿16歲女子，依「所知輕於所犯從其所知」之法  
08 則，認被告僅具有與14歲以上未滿16歲女子為合意性交故意  
09 ；係犯刑法第227條第3項之對於14歲以上未滿16歲女子為  
10 性交罪；原判決認被告係犯刑法第227條第1項之對於未滿  
11 14歲女子為性交罪，即有未合。被告上訴意旨否認犯罪，雖  
12 無理由，惟原判決既有上述瑕疵，自應將原判決撤銷改判。

13 (二)、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告經由甲○以IG通訊（穿  
14 著○○國中體育服）及甲○亦曾在○○國中教室內穿著制服  
15 進行視訊，復與甲○約會為近距離相處，主觀上已可清楚認  
16 識到甲○係未滿16歲之現就讀○○國中學學生，心智未臻成熟  
17 ；竟為逞己私慾，而為本件2次犯行，其犯罪動機、目的均  
18 值非難，足認被告未能尊重他人性自主權益，嚴重衝擊我國  
19 維護未滿16歲之人身心健全發展之社會重大價值，加以A女  
20 於2次案發時，不過13歲（被告主觀認識為14歲以上未滿16  
21 歲），身心發育未臻成熟，遭受被告性侵害後，顯於其未來  
22 價值觀、人格養成皆具有潛在、深遠之不良影響，恐連帶波  
23 及其日後對於感情、婚姻或其他親密關係之建立，甚或破壞  
24 與人交往之信任、依賴，所為殊值譴責，且迄至本院審理時  
25 仍未見有何知錯、悔改之意；雖於108年10月9日在原審法  
26 院與甲○以新臺幣（下同）40萬元達成調解，有調解筆錄在  
27 卷可參（見原審不得閱覽卷第15至16頁），然並未依約於10  
28 8年10月30日給付完畢（按：被告表示付3萬元，惟甲○之  
29 繼母B女表示被告並未給付，見本院卷第147、148、169  
30 、171頁），顯未積極彌補甲○所受之損害，犯後態度非佳  
31 ；兼衡被告自稱為泥水工、教育程度國中畢業、家庭經濟狀

01 況勉持（見原審卷第95頁；本院卷第171頁）等一切情狀，  
02 就其所犯2罪，各處有期徒刑1年8月。又綜合判斷刑法第  
03 227條第3項之規範目的、被告各次犯行間之關連性、其人  
04 格特性、犯罪傾向暨與前科之關連性、各行為所侵害法益之  
05 專屬性或同一性，及社會對被告本件所犯各罪之處罰之期待  
06 等項，暨參酌刑法第51條數罪併罰定應執行刑之立法方式係  
07 採限制加重原則，而非以累加方式定應執行刑，爰定應執行  
08 刑為有期徒刑2年10月。

09 據上論結，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第  
10 299條第1項前段、第300條，刑法第227條第3項、第51條第5  
11 款，判決如主文。

12 本案經檢察官廖羽羚提起公訴，檢察官何景東到庭執行職務。

13 中 華 民 國 109 年 7 月 14 日

14 刑事第五庭 審判長法官 林水城

15 法官 陳美燕

16 法官 唐照明

17 以上正本證明與原本無異。

18 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  
19 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  
20 狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

21 中 華 民 國 109 年 7 月 14 日

22 書記官 林家煜

23 附錄本判決論罪科刑法條：

24 刑法第227條：

25 對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑  
26 。

27 對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有  
28 期徒刑。

29 對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒  
30 刑。

31 對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下

- 01 有期徒刑。
- 02 第一項、第三項之未遂犯罰之。