臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度侵上訴字第8號

上　訴　人
即　被　告　劉瀝予
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　許明佳律師

上列上訴人因兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣高雄地方法院113年度侵訴字第66號，中華民國114年9月22日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署112年度偵字第24329號、112年度偵字第12117號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決有罪部分撤銷。

Ａ０１成年人故意對少年犯乘機性交罪，處有期徒刑肆年參月。

未扣案之性影像壹部，沒收。

事　實

一、Ａ０１與A000000000002（民國00年00月生，其餘年籍資料詳卷，下稱A女，本案時已滿14歲未滿18歲）因共同友人李○○、陳○○等人在檢茶站餐飲小館（地址：高雄市○○區○○○街00號）邀約團體聚會，甫於111年3月間初識，繼而同因李○○等共同友人之邀約，又在團體聚會中見過2、3次面而為普通朋友關係。嗣A女隨團體聚會中結識之陳○○、柯○○，於111年4月13日應Ａ０１之邀，前往Ａ０１位於高雄市○○區○○○路000號3樓之2住處觀看影片並飲酒，李○○當日雖亦受邀，但因適在外縣市而無法前往。Ａ０１等人相聚同樂至同年月14日2時許，A女因飲酒而出現胃痛、前往廁所嘔吐情形，即依Ａ０１建議前往其臥室休息，A女續因身體不適陷入昏睡。嗣Ａ０１與陳○○、柯○○則繼續在客廳看影片飲酒，待影片播放完畢，Ａ０１、陳○○、柯○○則分別在客廳休息。詎Ａ０１雖明知A女為未滿18歲之少

年（少女），仍基於成年人對少年乘機性交之犯意，前往其臥室內，利用A女因飲酒後陷於昏睡而不知抗拒、縱曾一度甦醒但身體猶感不適而無力抗拒並旋再次昏睡之狀態，暨始終不知Ａ０１竟（欲）擅自拍攝相關過程而無從為任何意思形成或決定，脫去A女衣物後，一方面以陰莖插入A女陰道內之方式，對A女實行乘機性交行為得逞，一方面持手機拍攝該對A女實施（乘機）性交行為過程之性影像1部。嗣因A女家人獲悉此事報警，方循線查悉上情。

二、案經高雄市政府警察局三民第一分局（下稱三民一分局）報告臺灣高雄地方檢察署（下稱雄檢）檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序事項

一、上訴人即被告Ａ０１（下稱被告）所出具之114年12月29日上訴理由狀固記載「僅就原判決之量刑上訴」等語（本卷第23至26頁），惟因前述書狀乃最高法院刑事大法庭於115年2月4日作成114年台上大字第1405號裁定「前」即予出具，是本院基於刑事訴訟法第2條第1項所定照顧義務，告以前述大法庭裁定要旨並指出上訴理由狀內彼此矛盾之處後，得知被告上訴真意乃應為：被告對於原審所認定「被告知悉A女未滿18歲，仍基於對於A女為乘機性交之犯意，利用A女昏睡將陰莖插入A女陰道內而對之性交得逞，並拍攝性交過程」等事實認定均不爭執，「不再」如原審為「不知A女未滿18歲」、「未對A女性交」、「自未拍攝性交過程影像」等抗辯，請參酌最高法院114台上大字1405號大法庭裁定意旨，適用法律，並求予適用刑法第59條對被告量處有期徒刑2年以下有期徒刑之刑，且予緩刑之宣告（本院卷第74至75頁）。則按被告之真意，復考量於110年修正刑事訴訟法第348條規定之立法目的，既在尊重當事人設定之攻防範圍以節省司法資源，然苟認本院於本案竟猶需受被告一度所表明「量刑上訴」之拘束，致不得審究、變動原判決有罪部分之論罪法條，不啻令被告竟需俟本案判決確定後，另循特殊救

濟程序試圖導正原判決有罪部分之論罪，致徒耗司法資源，而實質牴觸刑事訴訟法第348條於110年修正之立法目的。職是，原判決有罪部分均係本院審理範圍，始屬的論，首應指明。

二、證據能力之說明

檢察官、被告及其辯護人，於本院準備程序時，就本判決所引各項證據（含傳聞證據、非傳聞證據及符合法定傳聞法則例外之證據）之證據能力，均同意有證據能力（本院卷第76至78頁），且其等於本院言詞辯論終結前，對於卷附具有傳聞證據性質之證據，已知其情，而未聲明異議，本院認卷附具有傳聞證據性質之證據，並無任何違法取證之不適當情形，以之作為證據使用係屬適當，自得採為認定犯罪事實之證據。

貳、實體事項

一、訊據被告於本院審理中迭坦承前述犯行不諱（本院卷第76、121、131至132頁），並經證人A女、陳○○、柯○○、李○○、陳○○分別證述在卷，且有被告與A女胞兄通訊軟體Instgram對話紀錄、被告於112年1月4日（為尋求本案建議）所開設通訊軟體LINE群組之對話紀錄、A女之義大醫療財團法人義大醫院（下稱義大醫院）受理疑似性侵害事件驗傷診斷書、義大癌治療醫院（下稱義大癌醫院）門診病歷單、義大癌醫院心理衡鑑、高雄市立凱旋醫院（下稱凱旋醫院）診斷書等件在卷可稽，足徵被告首揭自白核與事實相符，可資採為認定犯罪事實之基礎，本案事證明確，被告犯行堪以認定，應予依法論科。

二、論罪及刑之加重、減輕事由

㈠法律適用之說明：

1.刑法第225條第1項之乘機性交罪，係以保護辨識能力低弱之被害人為意旨，而對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒所為性交者而為之處罰。所謂相類之情形，兼指被害人於受性交時，因昏暈、酣

眠、泥醉等相類似之情形，致無同意性交之理解，或無抗拒性交之能力而言（最高法院114年度台上字第1935號判決參照）。

2. 兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）第36條之兒少性影像犯罪，係以第1項之「拍攝兒少性影像」為基本要件，第3項之行為方法則為加重要件…本條例第36條第3項為雙行為犯，對不知情之兒少拍攝性影像，既未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，復未在拍攝行為外，另以其他手段壓抑或妨害兒少之性隱私意思自由。且因兒少對偷拍過程始終不知情，無從為任何意思形成或決定，客觀上亦無壓抑或妨害兒少性隱私意思形成或決定之作用可言，自非本條例第36條第3項所定其他違反本人意願之方法，不能論以該罪…不能逕予限縮解釋第36條第1項之適用僅限於「兒少知情同意」…本條例經歷次修法，已大幅提高第36條第1項拍攝兒少性影像罪之法定刑（法定刑為1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以上100萬元以下罰金），其適用結果，本可視個案情節酌量適當之刑；倘法院認為行為人對不知情之兒少拍攝其性影像之手段極為惡劣，甚或其行為侵害兒少合理性隱私期待之情節更為嚴重時，自可從重量刑，而無悖於罰則之衡平，亦無評價不足之疑慮；實無必要再以保護兒少為由，針對第36條第3項之加重要件，擴張其適用範圍（最高法院114年台上大字第1405號裁定意旨參照）。準此，A女既係在昏睡而不知被告竟會乘機對其為性交行為，更遑論擅自拍攝性交過程，致根本無從對被拍攝與否為任何意思形成或決定之情況下，擅遭拍攝被告對其為性交行為過程之性影像，則被告此部分所為即應構成本條例第36條第1項、而非第36條第3項之罪，首應指明。

㈡新舊法比較：

關於想像競合犯之新舊法比較，何者對行為人有利，即應先就新法各罪定一較重之條文，再就舊法各罪定一較重之條文，二者比較其輕重，以為適用標準（最高法院96年度台上

字第4780號判決意旨參照）。職是，被告行為後，本條例第36條規定雖迭經修正（註：刑度並未修正，乃係先於112年2月15日，以「拍攝、製造兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性欲或羞恥之圖畫、語音或其他物品」取代原關於「拍攝、製造兒童或少年為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」之規定；再於113年8月7日將「無故重製」之行為態樣納入處罰），然依被告行為時、中間時、裁判時法各罪定一較重條文之結果，既均係「刑法225條第1項、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之成年人對少年犯乘機乘機性交罪」，而並無不同，則本案自應整體適用裁判時法。

㈢從而核被告所為，乃係犯刑法225條第1項、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之成年人對少年犯乘機乘機性交罪，及（現行）本條例第36條第1項之拍攝兒少性影像罪。被告在對A女實施乘機性交行為過程中，持手機違反A女意願拍攝性影像之行為，因犯罪時間密接且行為間具局部之同一性，核屬一行為同時觸犯數罪名之想像競合犯，應依刑法第55條之規定，從一重以「成年人對少年犯乘機乘機性交罪」論處。公訴意旨誤論以刑法第222條第1項第9款之強制性交並錄影罪，及（被告行為時之）本條例第36條第3項之罪，固均有未洽，惟因基本事實同一，復經本院於審理中當庭告知被告所犯罪名（本院卷第75、120頁），使被告有辯論機會充分保障被告之防禦權行使，爰依刑事訴訟法第300條規定變更起訴法條。

㈣被告所犯成年人對少年犯乘機乘機性交罪之部分，應依兒童及少年福利與權益保障法（下稱兒少權益法）第112條第1項前段，加重其刑；至其另所犯之拍攝兒少性影像罪，核屬兒少權益法第112條第1項但書所指「就被害人係兒童及少年之特別處罰規定」，自無再依兒少權益法第112條第1項前段加重之餘地，併予指明。

㈤被告及其辯護人雖以被告行為時僅22歲，而提起第二審上訴

後，已深知自己所為確屬不該，並願坦承犯行且與A女調解成立，更提前將分期款全數清償完畢等由，請求適用刑法第59條對被告減刑，惟查：

1.刑法第59條酌量減輕其刑之規定，係推翻立法者之立法形成，就法定最低度刑再予減輕，為司法之特權，乃立法者賦予審判者之自由裁量權，俾就具體之個案情節，於宣告刑之擇定上能妥適、調和，以濟立法之窮。適用上自應謹慎，未可為常態，其所具特殊事由，應使一般人一望即知有可憫恕之處，非可恣意為之。必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用（最高法院107年度台上字第1111號判決意旨參照）；又刑法第59條規定犯罪情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，固為法院依法得自由裁量之事項，然非漫無限制…為此項裁量減刑時，必須就被告全部犯罪情狀予以審酌在客觀上是否有足以引起社會上一般人之同情，而可憫恕之情形（最高法院88年度台上字第6683號判決意旨參照）。

2.由強制性交罪之「強制手段」及「性交」態樣均屬多端以觀，可知尚無乘機性交罪惡性必輕於強制性交罪惡性之可言，且乘機性交罪、強制性交罪無視被害人性自主決定權而恣予侵害，實無差異，尤以立法者不啻業刻意經由2罪相同法定刑之設計，對外向社會大眾昭示，不知或不能抗拒之性侵害被害人，要無絲毫可歸責之處，過錯全在犯罪行為人，而尚不容犯罪行為人以未施加強制手段、乃被害人讓其有機可乘等由，圖予減輕罪責之正確觀念。苟司法實務以乘機性交罪之行為人未對被害人施予強制手段等由，動輒引用刑法第59條對乘機性交罪之行為人予以減刑，無異架空立法者為彰顯正確觀念、價值所制定之法定刑；另方面，由前引之最高法院114年台上大字第1405號裁定意旨，既可知於該大法庭裁定（決定）作成前，司法實務乃將本條例第36條第1項拍攝兒少性影像罪之適用，日益限縮在「（被拍攝之）兒少

知情同意」之情形，期藉此彌補社會大眾普遍認定法規範流於輕縱，然立法者因需恪遵周延之程序，以致回應民意期待之提升刑度修法，往往不夠及時之落差，自足徵兒少性影像之拍攝等舉措，俱乃眾所嫌惡而認斷無輕饒餘地者至明。

3. 況考量刑罰除特別預防外，尚兼有一般預防之作用，亦即刑罰除須對具體個案之不法行為予以評價外，亦不能不考慮對一般抽象之其他潛在案件所生之宣示效果。而以A女於本案發生時年僅14歲，尚難期其具與成年人相當之防備心，然依原判決此部分之認定，明知A女尚未成年之被告，竟乘A女酒醉之機予以性侵（為性交行為）得手，甚且擅自拍攝性交過程，毋寧係見A女年少可欺，則被告行為當下蔑視A女權益而圖逞一己私慾之惡性，既深且鉅，如僅因被告行為時乃22歲，此前要無刑案紀錄，事後坦承犯行，並賠償A女而盡被告本（另）應承擔之民事損害賠償責任，即遽予適用刑法第59條對被告予以減輕，易使其他不法份子心生投機、甘冒風險，不啻變相鼓勵犯罪，致令潛在犯罪行為人自恃年輕、無前科紀錄即心存僥倖。如此，又焉能確保兒少可得在免於遭受性侵害或性影像所害恐懼之社會環境中，健全成長？

4. 更遑論被告迄於原審猶仍矢口否認犯行，而「全方位」辯以「不知A女未滿18歲」、「未對A女性交」、「自未拍攝性交過程影像」云云，迄原審詳加調查，並於判決書中嚴謹論證被告侵害A女權益之種種所為，且就被告所辯何以均不可採逐予指駁「後」，始鬆口坦認犯行並與A女調解成立，益徵被告犯後心存僥倖而文過飾非、推諉卸責，顯未於第一時間悔改、認錯並積極彌補己過；再斟以A女除於驗傷結果確認陰道部位之3點與7點鐘方向有陳舊性撕裂傷外，後續再經確認患有第二型雙極疾患、對立反抗疾患與伴有憂鬱情緒之適應疾患，暨混合焦慮及憂鬱情緒的適應障礙症，並符合創傷後壓力診斷相關症狀，乃有義大癌醫院門診病歷單、心理衡鑑、凱旋醫院診斷書在卷可稽（原審侵訴卷彌封袋），且於原審交互詰問過程中，面對辯護人關於「你睡到一半醒過

來，發生何事？」之提問，乃有哭泣、情緒激動致無法陳述創傷過程情形（侵訴卷第214頁參照），足見A女心理受創甚深，則被告實乏絲毫可憫恕之情狀，也無從認其有何科以最低度刑仍嫌過重之情事，是被告本案犯行並不符合刑法第59條規定之減輕要件。

5.綜上，被告、辯護人求予適用刑法第59條，為無理由。

三、上訴有無理由之論斷

原判決有罪部分之論罪科刑固非無見，惟㈠前述最高法院114台上大字1405號大法庭裁定意旨據以作成之判決，依法於再次開啟徵詢、向大法庭提案等程序予以推翻之前，乃係對最高法院後續所受理相同案件（法律爭點）具拘束力之「先前裁判」，且透過審級制度，下級審法院對於該法律見解，亦應遵循，由此達成法律見解之統一。而原判決因作成於前述大法庭裁定前，致就被告擅自拍攝其對A女乘機性交過程之部分，論以本條例（即兒童及少年性剝削防制條例）第36條第3項之罪，即嫌未合；㈡原判決「未及」審酌被告提起二審上訴後，已知全然坦承犯行不諱，並與A女調解成立，且業付清所有賠償款等節，量刑亦非無過重之失；㈢原判決另在卷內尚乏確切證據下，遽認扣案被告所有之手機（型號：iPhone 14；IMEI碼：000000000000000），為被告持之用以拍攝本案性影像所用之物，而依刑法第38條第2項予以宣告沒收，亦有不當。職是，被告上訴意旨求予適用刑法第59條部分，雖屬無理由；但其以前述㈠、㈡之事由，上訴指摘原判決有罪部分論罪、科刑不當，則屬有據，且原判決此部分既另有前述㈢之可議，更無可維持，本院自應將原判決有罪部分，予以撤銷（即主文第1項）。

四、本院審酌被告明知A女為未滿18歲之少年，竟認A女年少可欺，乘A女飲酒後陷於昏睡而不知抗拒、縱曾一度甦醒但身體猶感不適而無力抗拒並旋再次昏睡之狀態，對A女實施性交行為，且於過程中更擅自拍攝被告對A女之性交過程，造成A女罹有第二型雙極疾患、對立反抗疾患與伴有憂鬱情緒

之適應疾患，暨混合焦慮及憂鬱情緒的適應障礙症，並符合創傷後壓力診斷相關症狀，則被告所為斷不可輕縱。惟念被告提起第二審上訴後，畢竟已知全然坦承犯行不諱，且業已與A女調解成立，並提前付清全數之賠償款（本院卷第101至107頁所附調解筆錄、郵政匯款申請書參照）等犯後態度。末審酌法院前案紀錄表（本院卷第57頁）所揭示之被告除本案外無其他前科素行，及被告檢具照片（本院卷第109頁）於本院所自陳大學畢業之智識程度，目前從事倉庫管理工作，月入約新臺幣3至5萬元不等，未婚無子女，且平日熱心公益活動之家庭暨生活經濟狀況（本院卷第98、133頁）等刑法第57條各款所列一切情狀，爰量處如主文第2項所示之刑。又本院對被告所宣告之刑已逾有期徒刑2年，則被告並不符合緩刑之要件，自無從宣告緩刑，併此指明。

五、沒收與否之說明

㈠被告所拍攝之A女性影像1部雖未扣案，然鑑於性影像得以輕易傳播並存檔於電子產品上，故基於法條規定及保護被害人立場，就本案所有性影像尚乏證據證明本案性影像已完全滅失，故應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項規定，不問屬於犯罪行為人與否，宣告沒收。又本案之性影像雖未扣案，然係專科沒收之物，核無追徵價額問題，是尚無宣告其全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額之必要。

㈡扣案被告所有之手機，依其型號iPhone 14應係本案發生後方上市（111年9月），自難認係供本案犯罪所用，是本院自無由為沒收之宣告。

據上論斷，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。

本案經檢察官陳建烈提起公訴，檢察官蔡宗聖到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　28　　日

刑事第二庭　審判長法　官　孫啓強

法　官　林永村

法　官　莊珮吟

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　　4　　月　　28　　日

書記官　方柔尹

◎附錄本案所犯法條：

《刑法第225條第1項》

對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者，處3年以上10年以下有期徒刑。

《兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項》

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。

《兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項》

拍攝、製造、無故重製兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以上100萬元以下罰金。