臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度軍侵上訴字第3號

上　訴　人
即　被　告　廖冠霖
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　楊博堯律師（法律扶助律師）
上　訴　人
即　被　告　張耀中
000000000000000000
000000000000000000
指定辯護人　本院公設辯護人郭博益

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣彰化地方法院114年度軍訴字第4號中華民國114年11月24日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署114年度偵字第13778、18267號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

廖冠霖犯交付少年性影像罪，處有期徒刑貳年陸月；又成年人故意對少年犯乘機性交罪，處有期徒刑參年陸月。應執行有期徒刑肆年貳月。扣案之蘋果牌iPhone 15（含門號0000000000號SIM卡壹張）行動電話壹支沒收。

張耀中犯交付少年性影像罪，處有期徒刑貳年陸月；又成年人故意對少年犯乘機性交罪，處有期徒刑參年陸月。應執行有期徒刑肆年貳月。扣案之蘋果牌iPhone 14行動電話壹支沒收。

犯罪事實

廖冠霖、張耀中為朋友關係，張耀中與BJ000-A114097（民國00年0月生，真實姓名詳卷，下稱A女）為男女朋友關係，廖冠霖、張耀中均明知A女為未滿18歲之少年。張耀中邀約A女於114年5月12日中午飲酒，並於同日中午11時30分許，駕駛車牌號碼0000-0

0號自用小客車，搭載廖冠霖及A女前往彰化縣○○鄉○○路000號之領鮮超市花壇店旁空地，嗣A女因飲用混有米酒、威士忌、水果酒之混酒6杯，不勝酒力而昏睡，廖冠霖、張耀中竟分別為下列行為：廖冠霖基於拍攝少年性影像、交付少年性影像供人觀覽之犯意，在前揭地點，於上開汽車副駕駛座，脫去A女衣物，持自己手機拍攝A女裸露胸部及下體性影像照片4張，並於同日使用手機通訊軟體LINE，傳送上開性影像照片4張給張耀中觀覽。廖冠霖另基於成年人對少年乘機性交之接續犯意，利用A女酒醉昏睡不能抗拒之狀態，以陰莖進入A女陰道對A女接續為性交行為2次，且吸吮A女胸部。張耀中在駕駛座見狀，基於拍攝少年性影像、交付少年性影像供人觀覽之犯意，先持A女手機拍攝上開廖冠霖與A女性交及吸吮A女胸部之性影像1部，再傳送至自己手機，又持自己手機拍攝廖冠霖與A女性交及廖冠霖吸吮A女胸部之性影像1部，再於同日將2段性影像傳送給廖冠霖觀覽。廖冠霖並承前揭交付少年性影像供人觀覽之同一犯意，於同日將自己所拍攝之上開性影像照片2張及張耀中所傳送以A女手機拍攝之性影像1部傳送給少年林○新（00年0月生）觀覽。另張耀中並基於成年人對少年乘機性交之接續犯意，在前揭地點，於上開汽車車內，利用A女酒醉昏睡不能抗拒之狀態，以陰莖進入A女陰道對A女為性交行為1次。嗣張耀中再駕駛前開汽車搭載廖冠霖、A女至址設彰化縣花壇鄉之商務汽車旅館休息（地址詳卷），張耀中、廖冠霖將A女帶至汽車旅館房間後，張耀中在汽車旅館房間內，見A女仍處於酒醉昏睡不能抗拒之狀態，再承前開乘機性交之犯意，以陰莖進入A女陰道對A女為性交行為1次。

理　由

壹、按行政及司法機關所公示之文書，不得揭露足資識別被害人身分之資訊，兒童及少年性剝削防制條例第14條第3項本文定有明文。又行政機關、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12條第2項亦定有明文。本案上訴人即被告廖冠霖、張耀中（下

稱被告廖冠霖、張耀中）所犯屬兒童及少年性剝削防制條例規範之犯罪，並為性侵害犯罪防治法所稱之性侵害犯罪。因本院所製作之本案判決係屬必須公示之文書，為避免告訴人A女之身分遭揭露，依上開規定，對於足資識別其身分之資訊均以隱匿而以代號稱之。

貳、本判決以下所引用被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告2人及辯護人均同意具證據能力（本院卷第141頁），本院審酌該等證據之取得過程並無瑕疵，以之作為證據係屬適當，依刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5第1項規定，認均有證據能力。

參、實體部分

一、訊據被告2人對於上開犯罪事實坦承不諱，且經證人A女、林◯新於警詢、偵訊中證述、A女之母代號BJ000-A114097A（真實姓名詳卷）於偵訊中證述在卷，並有卷附犯罪被害人保護命令執行紀錄表〔0000000000號警卷（下稱30697號警卷）第109頁〕、受(處)理案件證明單、受理各類案件紀錄表（30697號警卷第117至119頁）、員警114年5月16日職務報告（30697號警卷第139至140頁）、A女之指認犯罪嫌疑人紀錄表（指認廖冠霖）、同意書〔0000000000號警卷（下稱45611號警卷）第45至57頁〕、犯罪被害人保護命令通知單（45611號卷第145頁）、彰化縣警察局受理性侵害案件檢核表（45611號卷第151頁）、內政部警政署刑事警察局114年6月19日刑生字第1146065692號鑑定書（45611號卷第153至159頁）、臺北榮民總醫院職業醫學及臨床毒物部檢驗報告（45611號卷第161至162頁）、彰化縣警察局電請指揮詢問「性侵案件減少被害人重複陳述作業要點」案件報告（1541號卷第2至3頁）、被害人繪製之現場位置圖（1541號卷第8頁）、妨害性自主案件代號與真實姓名對照表、陪同人代號與真實姓名對照表（1541號彌封卷第13至15頁）、彰化縣政府性侵害案件訊前訪視紀錄表、減少被害人重複陳述作業同意書（1541號彌封卷第17至19頁）、性影像通報表、性侵害

犯罪事件通報表、兒少性剝削事件報告單（1541號彌封卷第21至22頁反面、第48至48頁反面）、彰化基督教醫療財團法人彰化基督教醫院受理疑似性侵害事件驗傷診斷書（1541號彌封卷第63至65頁）、LINE對話紀錄擷圖、Massenger對話紀錄擷圖（1541號彌封卷第66至72頁反面）、檢察官勘驗筆錄（1541號彌封卷第73至76頁反面）及扣案之手機2支可證，足認被告2人自白與事實相符。又被告2人為成年人，而A女係00年0月間出生，有被告2人之個人戶籍資料、上開妨害性自主案件代號與真實姓名對照表在卷可憑，故被告2人於本案犯罪行為時為成年人，而A女為未滿18歲之少年，被告2人並明知此情。從而，本案事證已臻明確，被告2人犯行均堪認定，應依法論科。

二、法律之適用

㈠本案被告2人前揭對A女所拍攝者，衡諸之一般社會通念，顯屬與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之畫面，自屬兒童及少年性剝削防制條例所規範之「性影像」。又行為人未施強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術，而以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，客觀上既無壓抑或妨害兒少意思形成或決定自由之作用，自不該當第36條第3項之構成要件；若未另有同條第2項或第4項之其他非法行為或營利意圖，應依同條第1項之規定論處（最高法院114年度台上字第1405號、113年度台上字第3430號判決意旨參照）。另刑法第319條之1以下之妨害性隱私及不實影像罪章之立法理由記載「為強化隱私權之保障，明定第1項未經他人同意，無故攝錄其性影像之處罰規定，以維護個人生活私密領域最核心之性隱私」，可知上開罪章規定係為強化隱私法益之保障、維護個人生活私密領域最核心之性隱私所增訂，堪認刑法第319條之1第1項規定相對於刑法第315條之1第2款規定，乃法規競合關係中之特別規定，應優先適用刑法第319條之1第1項規定，無須再論以刑法第315條之1第2款規定之罪。又兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項，係針對被害人為兒童及

少年所為之特別規定，與刑法第319條之1第1項亦屬法規競合之特別關係，依特別法優於普通法之原則，亦應優先適用。另按刑法第225條乘機性交罪，須被害之男女不能或不知抗拒之原因，非出於犯人所為，而犯人僅乘此不能或不知抗拒之時機，以為性交行為，始有其適用；又該條文所謂相類之情形，係指被害人雖非精神、身體障礙、心智缺陷，但受性交或猥褻時，因昏暈、酣眠、泥醉等相類似之情形，致無同意性交行為之理解或無抗拒性交行為之能力者而言。例如倘被害人熟睡，對外界事務無法辨識而不知抗拒，即屬之（最高法院101年度台上字第653、4996、4982號、102年度台上字第88號判決意旨參照）。再按成年人教唆、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，兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段定有明文。而成年人故意對兒童或少年犯罪者，係屬刑法分則加重之性質，非僅單純刑度加重，即其構成要件亦與常態犯罪之罪型不同，為一獨立之犯罪構成要件（最高法院72年台上第6785號、99年度台上字第1128號判決意旨參照）。倘成年人係故意對兒童、少年犯罪，自應依該條文論以獨立之罪名，而非僅加重其刑而已（最高法院104年度台上字第2250號判決亦同此旨）。

㈡被告2人乘A女酒醉昏睡而不知情之際，拍攝A女裸體及性交之性影像，並交付他人閱覽，均係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪、同條例第38條第1項之交付少年性影像罪。又A女係00年0月生，而被告2人均為成年人，是被告2人對A女所為性交行為，均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225條第1項之成年人故意對少年犯乘機性交罪。

㈢起訴意旨認被告2人就拍攝性影像部分係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之違反違反本人意願製造及無故重製少年性影像罪，尚有未合。惟起訴之基本社會事實同一，本院自應審理，並變更起訴法條，且此部分已經本院告知檢

察官、被告2人及辯護人此部分罪名，無礙其等之攻擊、防禦及辯護權之行使。另起訴意旨認被告2人就交付性影像部分係犯兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項之散布少年性影像罪，尚有未合。又起訴書就被告2人對A女為性交行為部分認係犯刑法第225條第1項之成年人故意對少年犯乘機性交罪，亦有未合，惟基本社會事實同一，本院自應審理，且已據原審蒞庭檢察官變更罪名如上（原審卷第124頁），本院自毋庸變更。

㈣罪數

1.被告廖冠霖吸吮A女胸部之猥褻行為，乃對A女為性交之階段行為，不另論罪。被告2人先後對A女為乘機性交行為各2次，以及接續拍攝A女性影像，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，各應視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，屬接續犯，僅各論以一罪。

2.被告2人以一行為觸犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪、同條例第38條第1項之交付少年性影像罪，均為想像競合犯，應依刑法第55條前段規定，均從一重論以兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項之交付少年性影像罪。

3.被告2人各自所犯上開兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項之交付少年性影像罪及兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第225條第1項之成年人故意對少年犯乘機性交罪2罪間，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。

㈤刑之加重、減輕規定之說明

1.按刑法分則或刑事特別法有關加重其刑之規定，現行實務依其性質，分為「總則」與「分則」加重二種。其屬「總則」加重性質者，僅為處斷刑之範圍擴大，乃單純的刑之加重，並未變更其犯罪類型，原有法定刑自不受影響；其屬「分則」加重性質者，其罪之構成條件已具備，而與原罪脫離，並為獨立之另一罪名，並借原罪之基準刑而為加重，已係獨

立之罪刑規定，性質上屬借罪借刑之立法例，應以該規定之刑處斷即足，要無再依該規定加重其刑之理(最高法院112年度台上字第5071號判決意旨參照)。又兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之成年人故意對少年犯罪之規定，係對被害人為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，成為另一獨立之罪名。被告2人所犯成年人故意對少年犯乘機性交罪，係借由乘機性交罪之原罪，再加上成年人對未成年人犯罪之條件而成，並借原罪之基準刑為加重其刑至二分之一，已成為獨立之罪名，要無再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之必要。

2.按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低刑度仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。是否適用此規定酌量減輕其刑，為法院得依職權裁量之事項，然並非漫無限制，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，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。本院審酌被告2人所犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定，其法定刑適用之範圍為有期徒刑1年至7年，本院綜核全案情節，難認此部分犯罪有對被告2人科以最低度刑猶嫌過重，而有情輕法重之弊，僅由本院於法定刑範圍斟酌量刑，即為已足，尚無援引刑法第59條規定酌減其刑之餘地。另被告2人所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225條第1項之成年人故意對少年犯乘機性交罪部分，審酌被告2人為滿足一己私慾，對於未滿18歲之少年A女接續為乘機性交既遂之舉措，侵犯A女之性自主權，造成A女身心難以彌補之傷害，並無在客觀上足以引起一般同情及宣告法定低度刑，猶嫌過重之情事，是被告2人所犯乘機性交既遂犯行，並無刑法第59條酌減其刑之適用。

三、撤銷原判決及科刑、沒收的說明

㈠原審對被告2人論罪科刑，固非無見。惟：1.被告2人就對A女拍攝性影像部分，係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條

第1項之拍攝少年性影像罪，而非同條例第3項之以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪，詳如前述，原判決未及審酌此部分法律適用上的爭議已經最高法院刑事大法庭做成裁定，並採為114年度台上字第1405號判決基礎之法律見解，容有未洽，且此部分與所犯交付少年性影像罪之想像競合關係比較輕重後，原審因而論以同條例第3項之以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪，並適用刑法第59條規定酌減其刑，均有未合。2.告訴人A女並未對被告張耀中提出傷害告訴，另被告廖冠霖被訴對A女犯傷害罪部分，罪嫌尚有不足（均詳後不另為不受理、不另為無罪諭知之說明），原審據起訴意旨而認被告2人另構成兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第277條第1項之成年人故意對少年犯傷害罪，並與前揭有罪部分成立想像競合犯關係，亦有不合。3.原審就被告2人拍攝、交付性影像部分所處之刑，未具體說明量處刑度差異之理由，亦有未當。4.被告2人辯護人指摘前揭1.關於本案就拍攝少年性影像部分應構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪部分，非無理由。至被告廖冠霖辯護人上訴主張適用刑法第59條規定酌減其刑，則無理由。5.原判決既有前揭可議之處，自屬無可維持，應由本院予以撤銷改判。

㈡爰以行為人之責任為基礎，審酌被告2人乘A女酒醉昏睡之際，對A女為性交行為，並持手機拍攝A女性影像，且交付性影像給他人觀覽，造成A女身心受創，嚴重侵害其人格及身心健全發展，所生損害非輕；並衡酌被告2人前無前科之素行，有法院前案紀錄表在卷可稽，被告2人犯罪動機、目的、手段、所生損害、坦承犯行之犯後態度，A女無調解意願，與其父母均希望法院重判被告2人之意見（原審卷第87、145頁、本院卷第97頁）及被告2人對A女所為行為中，除均對A女為2次乘機性交行為，被告張耀中並拍攝動態性影像，情節相對拍攝靜態照片更重；另被告廖冠霖、張耀中除相互交付性影像，被告廖冠霖並交付性影像給少年林○新，

情節更重等行為態樣、情節輕重之異同，暨被告2人自陳之智識、經濟、家庭生活狀況（本院卷第143頁），被告廖冠霖領有中華民國身心障礙證明（障礙類別：第一類；障礙等級：中度，原審卷第97頁）等一切情狀，分別量處如主文第2、3項所示之刑。另衡酌被告2人所犯各次犯行，被害人同一，犯罪罪質、侵害法益有異，各行為時間、空間密接程度，基於罪責相當之要求，並考量刑罰邊際效應隨刑期而遞減、被告2人所生痛苦程度隨刑期而遞增之情形及被告2人復歸社會之可能性等情而為整體非難評價後，分別定其應執行之刑如主文2、3項所示。

㈢按兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項至第4項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之；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慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品之工具或設備，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項、第7項前段分別定有明文。扣案之蘋果牌iPhone 15（含門號0000000000號SIM卡1張）及iPhone 14行動電話各1支，分別係被告廖冠霖、張耀中所有並用以拍攝及交付A女性影像所用之物，且係本案相關性影像之附著物，業據被告2人於原審審理時供述甚明（原審卷第138頁），均應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項、第7項前段規定，分別在被告2人犯行下宣告沒收。又本院既已宣告沒收上開行動電話，自無庸另行重複宣告沒收本案相關性影像。另卷附性影像之紙本列印資料，係檢警為調查本案所得，供作本案證物使用，並置於密封資料袋內，非屬依法應予沒收之物，附此敘明。

四、不另為不受理之諭知

㈠起訴意旨另以：被告張耀中於前揭對A女為性交行為過程，並基於傷害之犯意，對A女為傷害行為。因認被告張耀中此部分亦涉犯刑法第277條第1項之傷害罪等語。

㈡告訴乃論之罪，未經告訴者，應諭知不受理之判決。刑事訴

訟法第303條第3款定有明文。被告張耀中此部分罪名，依刑法第287條之規定，須告訴乃論。然綜觀告訴人A女歷次陳述可知（1541號卷第17至18頁反面、45611號卷第39至44頁、13778號卷第35至36頁反面），其並未對被告張耀中提出傷害告訴（依114年7月19日調查筆錄僅對被告廖冠霖提出傷害罪告訴-45611號卷第43頁），此部分未據合法告訴，參諸前揭規定，本應為不受理之判決，然此部分如成立犯罪，檢察官認與前揭被告張耀中對A女為乘機性交罪部分，有想像競合之裁判上一罪關係，爰不另為不受理之諭知。

五、不另為無罪之諭知

㈠起訴意旨另以：被告廖冠霖於前揭對A女為性交行為過程，並基於傷害之犯意，對A女為傷害行為。因認被告廖冠霖此部分亦涉犯刑法第277條第1項之傷害罪等語。

㈡按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；又不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。被告廖冠霖於原審雖稱：（問：是否承認在車上對A女為性行為，造成A女大腿內側瘀青之傷害？）承認等語（原審卷第142頁）；且於本院陳稱：對於原審犯罪事實，我都承認等語（本院卷第142、143頁）。然綜觀被告廖冠霖此前之陳述，並未坦承並敘及性交過程造成此傷勢。且告訴人A女受有大腿內側瘀青之傷害乙節，雖據其陳述在卷（45611號卷第41頁），然告訴人A女僅指稱：我在旅館時沒有意識，事後隔天我陪媽媽看醫生，先去吃早餐時確認錢包後才發現少新臺幣4,000元、鞋子前頭掉漆及左大腿內側瘀青等語（45611號卷第41頁），顯然其對於傷害如何造成，並不知情。再衡諸前揭告訴人A女因不勝酒力昏睡而遭被告2人為性交行為，且其中部分行為係在上開車內副駕駛座為之，此等行為過程之際，非無可能造成前揭傷勢，故是否是被告廖冠霖所造成，或基於傷害犯意而為之，尚有合理懷疑，原應為無罪之諭知，惟檢察官認此部分與前揭被告廖冠霖對A女為乘機性交罪部分，

有想像競合之裁判上一罪關係，爰不另為無罪之諭知。
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。
本案經檢察官鄭文正提起公訴，檢察官蔣志祥到庭執行職務。
中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　26　　日
刑事第十一庭　審判長法　官　張意聰
法　官　林清鈞
法　官　蘇品樺
以上正本證明與原本無異。
如不服本判決應於收受送達後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(均須按他造當事人之人數附繕本)「切勿逕送上級法院」。
書記官　張捷菡
中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　26　　日
附錄本案論罪科刑法條
兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項
散布、播送、交付、公然陳列或以他法供人觀覽、聽聞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、語音或其他物品者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。
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1百萬元以下罰金。
兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段
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。
中華民國刑法第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。