

上訴人

即被告 甲男（因甲男已與A女結婚，為免A女身分遭識別，其真實姓名年籍詳卷）

選任辯護人 辜得權律師

上列上訴人因妨害性自主等案件，不服臺灣新北地方法院111年度侵訴字第153號，中華民國112年7月25日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署111年度偵字第35974、49636號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

甲男犯如附表一編號一至三「罪名及宣告刑」欄所示之罪，各處如附表一編號一至三「罪名及宣告刑」欄所示之刑。應執行有期徒刑參年柒月。

未扣案如附表二編號一所示之電子訊號均沒收。未扣案如附表二編號二所示之行動電話壹支沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

事 實

一、甲男係成年人，與代號AW000-A111205之未滿18歲女子（民國00年0月生，真實姓名年籍詳卷，下稱A女）於106年間為男女朋友，詎其明知A女為年僅14至15歲之少年，竟分別為下列行為：

(一)基於對少年乘機性交及以違反本人意願使少年被拍攝性交行為之電子訊號之犯意，於106年1月23日某時，在甲男位於新北市板橋區之住處內（完整地址詳卷），利用A女沉睡而不能抗拒之機會，以其陰莖插入A女陰道之方式，對A女乘機性交得逞1次，並同時擅自持iPhone廠牌之行動電話1支（未據扣案）拍攝其與A女為上開性交行為之數位影片而以電子訊號方式儲存於該行動電話內。

(二)基於對於14歲以上未滿16歲之女子為性交及拍攝少年性交行

為之電子訊號之犯意，於106年7月21日某時，在甲男上址住處內，未違反A女之意願，以手指及情趣玩具插入A女陰道之方式，與A女為性交1次，並在A女配合下，持上開行動電話拍攝其與A女為上開性交行為之數位影片而以電子訊號方式儲存於該行動電話內。

(三)基於對於14歲以上未滿16歲之女子為性交及以違反本人意願使少年被拍攝性交行為之電子訊號之犯意，於106年9月間某日，在甲男上址住處內，未違反A女之意願，以其陰莖插入A女陰道之方式，與A女為性交1次，並同時擅自持上開行動電話拍攝其與A女為上開性交行為之數位影片而以電子訊號方式儲存於該行動電話內。

二、案經A女訴由新北市政府警察局板橋分局報告臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、程序部分

一、本判決所引被告以外之人於審判外所為之陳述，當事人與辯護人均未於言詞辯論終結前聲明異議（本院112年度侵上訴字第308號卷【下稱本院卷】第77頁、206至208頁），而該等證據之取得並無違法情形，且與本案之待證事實，具有關連性，核無證明力明顯過低之事由，本院審酌上開證據作成時之情況，認為適當，依刑事訴訟法第159條之5所定傳聞例外之規定，認有證據能力。

二、其餘資以認定被告犯罪事實之非供述證據，查無違反法定程序取得之情形，依刑事訴訟法第158條之4規定反面解釋，亦具證據能力，併予敘明。

貳、實體部分

一、上揭犯罪事實，業據被告甲男於(第二次)警詢、偵訊、原審及本院審理時均坦承不諱（111年度偵字第35974號卷【下稱偵35974號卷】第6至8、32、33頁；原審卷第155頁；本院卷第206、209頁），核與證人即告訴人A女於警詢及偵查中之證述相符（偵35974號卷第9至13、27至28頁），並有A女與

01 被告間之通訊軟體Line對話紀錄1份及現場影片錄影檔案3個
02 暨其勘驗筆錄1份可資佐證（偵35974號卷第19至21頁反面、
03 偵35974號彌封卷第8至11頁）。顯見被告任意性之自白符合
04 事實，其犯行可以認定。

05 二、論罪部分

06 (一)新舊法比較

07 被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項、第3
08 項等規定，業於106年11月29日（下稱第一次修正）、112年6
09 月14日（下稱第二次修正）及113年8月7日（下稱第三次修
10 正）修正公布，第一、三次修正，分別加重上開2罪之法定
11 刑，第二次修正則修正犯罪行為客體，經比較新舊法結果，
12 修正後之規定並非有利於被告，依刑法第2條第1項前段規
13 定，自應適用修正前即104年2月4日修正公布（106年1月1日
14 生效）之兒童及少年性剝削防制條例之規定。

15 (二)被告於事實欄一(一)之行為時為成年人，其明知A女時為未滿1
16 8歲之少年，故意對A女犯乘機性交罪，是核被告就事實欄一
17 (一)部分，係犯兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前
18 段、刑法第225條第1項之成年人故意對少年犯乘機性交罪及
19 104年2月4日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第36條
20 第3項之以違反本人意願使少年被拍攝性交行為之電子訊號
21 罪；就事實欄一(二)部分，係犯刑法第227條第3項之對於14歲
22 以上未滿16歲之女子為性交罪及104年2月4日修正公布之兒
23 童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年性交行為
24 之電子訊號罪；就事實欄一(三)部分，係犯刑法第227條第3項
25 之對於14歲以上未滿16歲之女子為性交罪及104年2月4日修
26 正公布之兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之以違反本
27 人意願使少年被拍攝性交行為之電子訊號罪。

28 (三)公訴意旨認被告就事實欄一(一)對A女乘機性交部分，係涉犯
29 乘機性交罪嫌，尚有未洽，惟其基本社會事實同一，本院自
30 得於踐行告知程序後（見本院卷第204頁），依法變更起訴
31 法條。

01 (四)罪數

02 1.被告就事實欄一(一)、(二)、(三)部分，均係以一行為同時觸犯上
03 開各罪，皆為想像競合犯；事實欄一(一)、(三)部分，應從一重
04 之以違反本人意願使少年被拍攝性交行為之電子訊號罪處
05 斷，事實欄一(二)部分，應從一重之對於14歲以上未滿16歲之
06 女子為性交罪處斷。檢察官認上開6罪，均應分論併罰(起訴
07 書第4頁)，容有誤會。

08 2.被告上揭3次犯行，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

09 (五)刑之加重、減輕事由

10 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
11 其性質，分為「總則」與「分則」加重二種。其屬「總則」
12 加重性質者，僅為處斷刑之範圍擴大，乃單純的刑之加重，
13 並未變更其犯罪類型，原有法定刑自不受影響；其屬「分
14 則」加重性質者，其罪之構成條件已具備，而與原罪脫離，
15 並為獨立之另一罪名，並借原罪之基準刑而為加重，已係獨
16 立之罪刑規定，性質上屬借罪借刑之立法例，應以該規定之
17 刑處斷即足，要無再依該規定加重其刑之理(最高法院112年
18 度台上字第5071號判決意旨參照)。又兒童及少年福利與權
19 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
20 定，係對被害人為少年之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪
21 類型變更之個別犯罪行為予以加重，屬刑法分則加重之性
22 質，成為另一獨立之罪名(最高法院92年第1次刑事庭會議
23 決議參照)。查被告於事實欄一(一)部分所犯成年人故意對少
24 年犯乘機性交罪，係借由乘機性交罪之原罪，再加上成年人
25 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
26 至二分之一，已成為獨立之罪名，要無再依兒童及少年福利
27 與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑之必要。

28 2.按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌
29 量減輕其刑，刑法第59條定有明文。本案被告上開以違反本
30 人意願使少年被拍攝性交行為之電子訊號之行為(共2罪)，
31 已然影響A女身心及人格發展，固非可取，然考量被告於行

01 為時，各年僅23、24歲，正值血氣方剛之年，且與A 女屬男
02 女朋友，堪認犯罪情節較輕，且其犯後於第二次警詢起迄至
03 本院審理時，一致坦承犯行，並與A女以賠償新臺幣200萬元
04 之條件達成和解，且全數履行賠償款項，此有另案之臺灣臺
05 北地方法院111年度侵訴字第98號審判筆錄及匯款紀錄在卷
06 可佐（原審卷第163頁；本院卷第179頁），並於本院審理期
07 間與A女結婚，獲得A女原諒（本院卷第133至139、211頁之結
08 婚書約、身分證、合照及本院113年9月24日審判筆錄），顯
09 見被告犯後已積極彌補自身犯行對A女所造成之損害，深具
10 悔意，就其犯罪全情觀之，其惡性與犯罪情節尚非重大，在
11 客觀上足以引起一般同情，顯有可憫恕之處，倘對其犯行科
12 以法定最輕本刑，猶嫌過重，有傷人民對法律之情感，而屬
13 情輕法重，爰均依刑法第59條規定，就被告所犯以違反本人
14 意願使少年被拍攝性交行為之電子訊號罪2 罪，均酌減其
15 刑。至於辯護人雖主張被告就事實欄一(二)部分所犯之對於14
16 歲以上未滿16歲之女子為性交罪，亦應適用刑法第59條規定
17 減輕其刑（本院卷第212頁），然刑法第227條第3項之法定刑
18 為「七年以下有期徒刑」，本院綜核全案情節，實難認此部
19 分犯罪有對被告科以最低度刑猶嫌過重，而有情輕法重之
20 弊，僅由本院於法定刑範圍斟酌量刑，即為已足，尚無援引
21 刑法第59條規定酌減其刑之餘地，併此敘明。

22 三、原審據以論科，雖非無見。惟查：(一)原判決漏未就前述兒童
23 及少年性剝削防制條例第36條第一次修正為新舊法比較，亦
24 未及就同條例第三次修正為新舊法比較，容有違誤。(二)原判
25 決就事實欄一(一)所示被告對A女犯乘機性交部分，論以成年
26 人故意對A女犯乘機性交罪，與起訴法條不同，卻未於理由
27 欄引用刑事訴訟法第300條，有判決不適用法則之違背法
28 令。(三)被告就事實欄一(二)部分，應從一重之對於14歲以上未
29 滿16歲之女子為性交罪處斷，然原判決因未就前述兒童及少
30 年性剝削防制條例第36條第一次修正為新舊法比較，以致誤
31 以拍攝少年之性影像罪為重罪資以處斷，亦非妥適。(四)原判

01 決既於罪名欄認定被告就事實欄一(一)之乘機性交部分，係犯
02 「成年人故意對少年犯乘機性交罪」(判決書第5頁)，又於
03 刑之加重與減輕事由欄謂被告就事實欄一(一)所犯「乘機性交
04 罪」部分應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前
05 段之規定，加重其刑(判決書第6頁)，前後所載罪名已有矛
06 盾之情，又此部分既應論以成年人故意對少年犯乘機性交
07 罪，自應依前述分則加重之規定之刑處斷即足，要無再依該
08 規定加重其刑之理，原判決對被告依兒童及少年福利與權益
09 保障法第112條第1項前段之罪處斷後，再依該規定加重其
10 刑，亦非允當。被告以原判決量刑過重，並主張被告如事實
11 欄一(二)所示犯行，亦應適用刑法第59條規定減輕其刑，提起
12 上訴，並非全無理由，原判決既有可議，自仍屬無可維持，
13 應予撤銷改判。

14 四、本院審酌被告明知A女於案發時為未滿18歲之少年，身心發
15 育尚未成熟，並處於型塑人格之重要階段，有特別加以保護
16 之必要，竟為滿足一己私慾，對之乘機性交或與之合意性
17 交，甚至拍攝與A女為性交行為之數位影片，其中，事實欄
18 一(一)、(三)部分，更以違反A女本人意願為之，影響A女之身心
19 健全成長及人格發展，本應予以重懲；惟念被告犯後於第二
20 次警詢以迄本院審理時始終坦承犯行，甚有悔意，兼衡前述
21 被告與A女達成和解、賠償、結婚並獲得原諒之情，並其自
22 陳大學肄業之智識程度，從事網路佈線工程師、無子女、無
23 需扶養之人之家庭生活狀況(本院卷第211頁)及其提出情
24 緒障礙等病症之診斷證明書、病歷及體位結果通知書(本院
25 卷第109至129頁)，以及其犯罪動機、目的、手段與情節等
26 一切情狀，乃各量處如附表一「罪名及宣告刑」欄所示之
27 刑，並以被告所犯數罪反映出之人格特性、刑罰及定應執行
28 刑之規範目的、所犯各罪間之關連性及所侵害之法益與整體
29 非難評價等面向，定其應執行刑如主文欄第2項所示。又因
30 本案經定應執行刑為有期徒刑3年7月，與刑法第74條第1項
31 緩刑之規定未合，自無從宣告緩刑，被告主張能有緩刑宣

告，於法無據，尚無足取。

五、沒收部分

按被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第6、7項關於沒收之規定，已於112年2月15日修正公布，並自同年月17日生效，且依刑法第2條第2項規定，沒收應適用裁判時之法律，合先敘明。茲就本案沒收部分，分述如下：

(一)未扣案如附表二編號一所示電子訊號，雖未扣案，然衡以現今科技技術，電子訊號之儲存方式多元，亦可能同時儲存在雲端硬碟內，且參諸A女證稱：我在被告電腦的雲端以及手機相簿內看到影片的等情（偵35974號卷第11至13、27頁），避免日後有流出之情形，對A女造成第二次傷害，仍應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項規定宣告沒收。

(二)未扣案之iPhone廠牌之行動電話1支，係被告所有而供拍攝A女為性交行為之用，業據被告於警詢供明在卷（偵35974號卷第7頁），應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第7項規定宣告沒收，並依刑法第38條第4項之規定，諭知於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

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。

本案經檢察官邱蓓真提起公訴，檢察官林綉惠到庭執行職務。

中 華 民 國 113 年 10 月 8 日

刑事第十一庭 審判長法官 張江澤

法官 郭惠玲

法官 廖建傑

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，其未敘述上訴之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 黃翊庭

中 華 民 國 113 年 10 月 8 日

01 附錄：本案論罪科刑法條全文

02 中華民國刑法第225條

03 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，
04 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。

05 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，
06 不能或不知抗拒而為猥褻之行為者，處6月以上5年以下有期徒
07 刑。

08 第1項之未遂犯罰之。

09 中華民國刑法第227條

10 對於未滿十四歲之男女為性交者，處3年以上10年以下有期徒
11 刑。

12 對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處6月以上5年以下有期
13 徒刑。

14 對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處7年以下有期徒
15 刑。

16 對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處3年以下
17 有期徒刑。

18 第1項、第3項之未遂犯罰之。

19 兒童及少年福利與權益保障法第112條

20 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
21 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
22 童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定。

23 對於兒童及少年犯罪者，主管機關得獨立告訴。

24 104年2月4日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第36條

25 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
26 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
27 下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以上1百萬元以下罰金。

28 招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍
29 攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、與性相關而客觀上足以
30 引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處3年以上10年以下

有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

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、自行拍攝、製造、無故重製性影像、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7年以上有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

意圖營利犯前三項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。

前四項之未遂犯罰之。

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、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、語音或其他物品之工具或設備，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。但屬於被害人者，不在此限。

附表一

編號	犯罪事實	原判決主文	罪名及宣告刑
一	如事實欄一(一)	甲男犯以違反本人意願之方式使少年被拍攝性影像罪，處有期徒刑參年陸月。	甲男以違反本人意願使少年被拍攝性交行為之電子訊號，處有期徒刑參年陸月。
	備註：起訴書 犯罪事實欄一(一)		
二	如事實欄一(二)	甲男犯拍攝少年之性影像罪，處有期徒刑壹年。	甲男對於十四歲以上未滿十六歲之女子為性交，處有期徒刑柒月。
	備註：起訴書 犯罪事實欄一(二)		
三	如事實欄一(三)	甲男犯以違反本人意願之方式使少年被拍攝性影像罪，處有期徒刑參年陸月。	甲男以違反本人意願使少年被拍攝性交行為之電子訊號，處有期徒刑參年陸月。
	備註：起訴書 犯罪事實欄一(三)		

附表二

編號	物品名稱及數量	備註
一	未扣案之被告與A女為如事實欄一(一)至(三)所示性交行為之數位影片之電子訊號	如偵35974號彌封卷第8至11頁所示
二	未扣案之iPhone廠牌之行動電話1支	供被告拍攝其與A女為如事實欄一(一)至(三)所示性交行為之用