臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

111年度上訴字第129號

上　訴　人　臺灣花蓮地方檢察署檢察官

被　　告　鄧承平

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　許嚴中律師

上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣花蓮地方法院111年度訴字第122號中華民國111年9月28日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署111年度偵字第1611號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決撤銷(不含不另為公訴不受理諭知部分)。

二、上開撤銷部分，鄧承平被訴違反修正前兒童及少年性剝削防制條例第三十六條第三項之以違反少年意願方法使其被製造猥褻電子訊號部分，公訴不受理。

理　由

一、本院審理範圍：

（一)按刑事訴訟法(下稱刑訴法)第348條規定：「（第1項）上訴得對於判決之一部為之。（第2項）對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。(第3項）上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」又刑訴法第348條第2項但書立法理由載明：「未經聲明上訴之部分，倘為無罪、免訴或不受理者，應使該無罪、免訴或不受理部分不生移審上訴審之效果而告確定，以避免被告受到裁判之突襲，並減輕被告訟累，且當事人既無意就此部分聲明上訴，將之排除在當事人攻防對象之外，亦符合當事人進行主義之精神，爰增訂第二項但書規定，以資適用。又本

項但書所稱『無罪、免訴或不受理者』，並不以在主文內諭知者為限，即第一審判決就有關係之部分於理由內說明不另為無罪、免訴或不受理之諭知者，亦屬之」(最高法院111年度臺上字第3708號、110年度臺上字第4871號判決參照)。

(二)細繹檢察官上訴書及於本院行準備程序時表示：「(問：本件審理範圍有無包括原審判決公訴不受理部分？)本件僅就原判決認定有罪部分應論處兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項，對於原判決公訴不受理部分不在上訴範圍。」，復於本院審理時表示：「原判決理由欄公訴不受理部分不在上訴範圍」(見本院卷第173、285頁)，則在被告鄧承平未對原判決提起上訴之情形下，依前揭規定及說明，本案本院審理範圍為被告被訴違反民國112年2月15日修正公布前之兒童及少年性剝削防制條例(下稱修正前性剝削條例)第36條第3項之以違反少年意願方法使其被拍攝、製造猥褻行為之電子訊號部分(經原審變更起訴法條而認被告犯修正前性剝削條例第36條第1項之拍攝少年猥褻行為之電子訊號罪，下稱修正前系爭第3項或第1項之罪)。

二、公訴意旨略以：被告基於以違反本人意願之方法使少年被拍攝猥褻行為電子訊號之犯意，於110年8月29日上午9時許，前往位於花蓮縣○○市○○路某咖啡店消費，並趁隙進入同店男女共用廁所內，持其所有具攝錄功能之數位電子錄影筆(下稱錄影筆)，開啟後安放於廁所下方空隙處，拍攝如附表所示少年進出廁所、脫下內外褲(露出臀部等身體隱私部位)、蹲下排尿等內容(下稱如廁)之電子訊號(所拍攝之數位訊號尚未經沖洗或壓製過程而成為如錄影帶、光碟、相紙等實體物品，旋為附表編號3少年發現錄影筆並報警查扣)(下稱偷拍行為)，供己觀賞以滿足其性慾，因認被告涉犯修正前系爭第3項之罪等語。

三、按告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴，刑訴法第238條第1項定有明文。次按案件有下列情形之

一者，應諭知不受理之判決：三、告訴乃論之罪，未經告訴或其告訴經撤回者，刑訴法第303條第3款亦定有明文。又同為訴訟條件欠缺之不受理事由，必也不合於刑訴法第303條第2款至第7款所列舉之程序違背規定者，始有第1款概括規定之適用(最高法院101年度臺上字第2301號判決參照)。是告訴乃論罪，未經告訴權人提出告訴，而由檢察官提起公訴，或檢察官提起公訴後，告訴人撤回告訴，均應適用刑訴法第303條第3款規定為不受理判決。

四、經查：

(一)被告於上揭時地偷拍附表所示少年如廁之事實，業據被告於偵訊、原審、本院行準備程序及審理時坦認在卷，核與證人即附表所示少年、陳○○及李○、陳○鈞分別於警詢時證述之情節相符，並有扣押物品目錄表、蒐證照片、現場路線圖、監視器畫面截圖照片、扣押物品照片、案發現場照片、錄影筆拍攝畫面截圖照片、咖啡店內監視器畫面截圖照片附卷可稽，此部分事實，堪以認定。

(二)本案被告行為應難為修正前系爭第1項、第3項規定文義射程效力所及：

1、從體系參照觀點：

(1)修正前系爭第1項、第3項條文規定於84年8月11日公布施行，原規定如下(迄112年2月5日修正前，固經多次修正，惟基本上維持下述基本構造，僅係略作文字增加、修正或提高刑度)：

第1項	拍攝、製造未滿18歲之人(兒童及少年，以下統稱少年)為「姦淫(性交)」或「猥褻行為」之圖畫...或其他物品。
第3項	以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使未滿18歲之人(少年)被拍攝、製造「姦淫(性交)」或「猥褻行為」之圖畫...或其他物品。

(2)刑法第315條之1規定如下：

有下列行為之一者，處3年以下有期徒刑、拘役或30萬元以下罰金：

第1款	無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論、談話或「身體隱私部位」。
第2款	無故以錄音、照相、「錄影」或「電磁紀錄」「竊錄」他人非公開之活動、言論、談話或「身體隱私部位」。

分析刑法第315條之1於94年2月2日該次立法修正理由略為：未得他人同意而任意以工具偷窺或「偷錄」他人「隱私部位」，已侵害個人隱私權，應有處罰必要，為避免此種行為是否構成犯罪之疑義，於各款之行為客體增訂「身體隱私部位」以杜爭議。

(3)從上開(1)、(2)說明可知：

①如修正前系爭第1項、第3項之猥褻行為概念(即84年立法施行後)之射程效力及於「偷(竊)錄」少年「身體隱私部位」該行為(即本案之拍攝少年如廁行為，下稱本案事實行為)，立法者於94年修正刑法時，豈會認為本案事實行為是否構成犯罪「有所疑義」(已有法律可用相繩，豈會又有疑義？)，而特別修正刑法第315條之1加以規範，以杜爭議？

②從刑法第315條之1於94年修正時，未明文規定(或立法修正理由說明)，本條適用對象僅限於非少年者，並指示被害人如為少年仍應適用修正前系爭第1項、第3項來看，更足推認系爭第1項、第3項之猥褻行為概念應不包含本案事實行為。

③況本案事實行為果為修正前系爭第1項、第3項文義所含括，立法者又何須於94年時，特別修正刑法第315條之1規定，降低法定刑度，而降低對於少年之保護(此點經對照2條之法定刑度即可明瞭)？

2、從性剝削條例及刑法第10條第8項修正相互參照：

(1)性剝削條例第36條第1項、第3項於112年2月15日修正後條文如下：

第1項	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。
第3項	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「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。

(2)關於「性影像」概念，依112年2月8日修正刑法第10條第8項及立法修正理由如下：

	修正後條文	立法修正理由
第1款	(刑法第10條)第5項第1款或第2款之行為	性影像，係指含有「以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為」、「以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為」之內容者。
第2款	性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位	「客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」，指該身體隱私部位，依一般通常社會觀念足以引起性慾或羞恥而言，例如臀部、肛門等。
第3款	以身體或器物接觸前款部位，而客觀上足	「以身體或器物接觸前款部位」，例如以親吻、撫

	以引起性慾或羞恥之行為	摸等方式或以器物接觸前開部位之內容，不論自己或他人所為者均屬之。
第4款	其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。	「其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為」，例如其影像內容未如第1款或第3款行為清楚呈現「性器」或「足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」，而係對該等部位以打馬賽克等方式遮掩、迴避，或因攝錄角度未能呈現，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。

(3)從上開說明可知，修正前系爭第1項、3項原規定為：(被)拍攝、製造未滿18歲之人(少年)為「姦淫(性交)」或「猥褻行為」，112年則修正為：(被、自行)拍攝、製造少年之「性影像」與「性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥」(之物品)，另參照修正後刑法第10條第8項規定、立法修正理由及刑法第10條相對於性剝削條例應係立於總則地位來看，修正後系爭第1項、第3項應可參照刑法第10條第8項規定及同項立法修正理由加以解釋及界定其範圍。

(4)綜合觀察修正後刑法第10條第8項、修正後系爭第1項、第3項規定可知：

①關於性影像包含(單純)性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位應係於112年修正後始增訂，基於法律不溯及既往原則，修正前系爭第1項、第3項規定之猥褻行為概念射程效力應尚不及於本案事實行為。

②另同時參酌刑法第315條之1規定可知，關於「身體隱私

部位」，立法者於94年時，係將其定位在刑法第2編第28章妨害秘密罪章架構內，迨112年時修正時，方納入刑法第10條第8項第2款規範概念內，更可見修正前系爭第1項、第3項規定之猥褻行為概念，是否包含本案事實行為，應尚難認為無疑。

(5)從修正前系爭第36條第1項、第3項立法提案說明、背景：

①修正前系爭第1項、第3 項立法提案說明略為：未滿18歲少年從事「色情行為」，除最嚴重之姦淫或猥褻行為外，尚有公然為猥褻行為(如脫衣舞)，以及製造猥褻之圖畫、錄影帶或其他物品，故拍攝、製造、引誘、媒介猥褻行為之圖畫等物品，或以他法被拍攝、製造猥褻行為之圖畫等物品，均應入罪處罰。可見修正前系爭第1項、第3項規定之立法提案說明、背景係環繞鎖定在「與未滿18歲少年從事色情行為」有關之行為態樣。查本案被告事實行為係單純拍攝被害人如廁行為態樣，「與未滿18歲少年從事色情行為」應難認有何關聯性，從立法提案說明、背景來看，是否為修正前系爭第1項、第3項迴旋效力所及，似難認為無疑，

②至於性剝削條例於104年2月4日修正時，固將同條例第2條第3款修正為：本條例所稱少年性剝削，係指下列行為之一：拍攝、製造少年為性交或「猥褻行為」之圖畫...或其他物品。惟同條立法修正理由已說明：增列第1項第3款，以符合《兒童權利公約》所述保護兒童(該公約之兒童應包含少年)免於「從事色情表演或作為色情」之題材。查本案被告拍攝被害人如廁行為，顯與從事色情表演無涉，又一般如廁行為乃生理正常代謝反應，以一般社會觀點以觀，似與「色情」難認有何明顯關聯性，更可見系爭修正前第1項、第3項規定之迴旋餘地應尚不及本案事實行為。

3、從相關法條法定刑度檢討，應對修正前系爭第1項、第3項

規定之猥褻行為為限縮解釋，否則會產生價值失衡情況：

(1)以違反意願的方式：

修正前系爭第1項	以強暴...或其他違反本人意願之方法，使少年被拍攝、製造猥褻行為之圖畫...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。
刑法第224條之1	犯前條之罪(強制猥褻罪)而有第221條第1項各款情形之一者，處3年以上10以下有期徒刑。

(2)從上開2條項法文加以比較可知，依上訴意旨所指，如認本案事實即為修正前系爭第3項規定所涵攝，反觀於此，侵害程度、危險更重，侵害手段、方法更直接之強制猥褻少年罪，刑度反而還較輕，兩相比較明顯可知，認為本案事實行為為修正前系爭第3項規定所涵攝，顯會生上述的顯不合理(均衡)結果，是縱認修正前系爭第3項規定文義外延或有可能包攝本案事實行為，但為避免上述之不合理操作結果，自宜將修正前系爭第3項規定為限縮解釋，將本案事實行為剔除在外。

(3)又基於法秩序之統一性，各個刑罰法規概念、用語之解釋，應盡可能保持一致性、調和性，從而，修正前系爭第3項規定之猥褻行為概念既應將本案事實行為剔除在外，則基於法秩序之統一性，修正前系爭第1項規定之猥褻行為自不應包括本案事實行為。

(三)綜前，本案被告偷拍附表所示少年之行為，與修正前系爭第1項、第3項規定構成要件不符，應成立兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第315條之1第2款之無故以錄影竊錄他人身體隱私部位罪。公訴意旨認被告涉犯修正前系爭第3項之罪嫌，尚難認無誤會。

五、原審認被告係犯修正前系爭第1項之罪，尚有未洽，檢察官上訴意旨認被告應構成修正前系爭第3項之罪，雖無理由，

然原判決既有前揭未洽之處，自應由本院撤銷改判。

六、按犯刑法第315條之1之罪，須告訴乃論，刑法第319條定有明文。茲因被告於第一審辯論終結前，業與附表編號1所示少年達成和解，並具狀撤回告訴，有調解筆錄及刑事撤回告訴狀附卷可稽(見原審卷第155至159頁)，而附表編號2、3所示少年則均未提出刑事告訴(見花市警刑字第1100032075號(二)卷第9至15頁)，是依前揭規定及說明，應依刑訴法第303條第3款規定，諭知公訴不受理判決。

據上論斷，應依刑訴法第369條第1項前段、第364條、第303條第3款規定，判決如主文。

本案經檢察官王怡仁偵查起訴，檢察官林于湄提起上訴，檢察官崔紀鎮到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　19　　日

刑事第一庭審判長法　官　林信旭

法　官　張健河

法　官　顏維助

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，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後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」。

告訴人或被害人如對於本判決不服者，應具備理由請求檢察官上訴，其上訴期間之計算係以檢察官收受判決正本之日期為準。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　19　　日

書記官　秦巧穎

附表：

編號	姓名及代號	出生年月	是否告訴	有無撤回告訴
1	李○○ BS000-S11012006	00年0月	是	有
2	張○○ BS000-S11012007	00年0月	否	

（續上頁）

3	林○○ BS000-S11012008	00年0月	否	