臺灣高等法院高雄分院刑事判決

114年度上更一字第20號

上　訴　人
即　被　告　黃隆祥
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　廖顯頡律師（法扶）

上列上訴人因兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣橋頭地方法院113年度侵訴字第42號，中華民國113年12月3日第一審判決（起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署113年度偵字第13062號），提起上訴，判決後，經最高法院發回更審，本院判決如下：

主　文

原判決關於附表編號3（即原判決犯罪事實欄一、㈢）部分撤銷。

ＡＯ１犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第三十六條第一項之拍攝少年之性影像罪，處有期徒刑參年陸月。扣案之ROG PHONE 5S手機壹支(含SIM卡壹張，IMEI：000000000000000、000000000000000；SIM卡電話號碼0000000000號)；如彌封卷A女影像截圖11、12、14、15所示之影片及照片；通訊軟體LINE「動物之家愛護生命」群組雲端相簿內儲存如彌封卷A女影像截圖11至15所示之影片及照片，均沒收。

事　實

一、ＡＯ１為成年人，於民國113年1月間，透過網路交友軟體「Litmatch」及通訊軟體「Instagram」與AV000-Z000000000(00年0月生，下稱A女)認識，2人進而交往為男女朋友。ＡＯ１明知A女係未滿16歲之少女，竟於113年1月至5月間某日，基於拍攝少年性影像之犯意，由A女在其位於高雄市湖內區住處(地址詳卷)之房間及浴室內，以手機連結網際網路登入通訊軟體LINE後與ＡＯ１所持用ROG PHONE 5S手機(搭配SIM卡1張，IMEI：000000000000000、000000000000000；

SIM卡電話號碼0000000000號)進行視訊，並即時傳送裸露胸部及陰部等私密部位之影像予Ａ０１觀覽，而Ａ０１與A女視訊期間，明知A女並未同意其拍攝錄製前開裸體影像畫面，卻利用手機錄影功能側錄A女所傳送前開裸體視訊影像，並將其竊錄A女之身體隱私部位照片2張(如彌封卷A女影像截圖11至12所示)、影片1段(如彌封卷A女影像截圖14至15所示)儲存於該手機中，隨後再將該等照片、影片傳送至其個人通訊軟體LINE「動物之家愛護生命」群組之相簿內保存(無證據可證明該群組之成員尚有除被告以外之人)。

二、案經A女、A女父親訴由高雄市政府警察局湖內分局報告臺灣橋頭地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分：

一、審理範圍：

按刑事訴訟法第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」。經查，本件係由上訴人即被告Ａ０１（下稱被告）提起上訴，檢察官則未於法定期間內提起上訴。本件經最高法院發回更審後，被告於本院準備程序雖明示僅就原判決關於附表編號3（即原判決犯罪事實欄一、㈢）所犯之罪之刑部分提起上訴（本院上更一卷第68頁），但依最高法院大法庭於114年2月5日以114年度台上大字第1405號裁定所示：「行為人未施強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術，而以偷拍方式，對不知情或兒童及少年拍攝影像，不該當兒童及少年性剝削防制條例第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，應依同條例第1項之規定論處」等法律見解，若仍依原判決就上開部分所適用之法條、罪名論處，則會產生明顯悖於前開最高法院大法庭之統一法律見解，而影響被告權益，於此例

外情形，本院認為被告原僅就上開刑之部分提起上訴，並不符合可分性準則或有欠妥適，而確有就原判決犯罪事實欄一、㈢）犯行全部加以審理之必要，為維持裁判之妥適及避免發生窒礙矛盾，本院認仍就被告該部分犯行以全部上訴之程序進行審理及判決，合先敘明。

二、被害人身分之保護措施：

㈠按行政及司法機關所製作必須公開之文書，不得揭露足以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2項前段已有明文。又按宣傳品、出版品、廣播、電視、網際網路或其他媒體對下列兒童及少年不得報導或記載其姓名或其他足以識別身分之資訊：一、遭受第49條或第56條第1項各款行為。二、施用毒品、非法施用管制藥品或其他有害身心健康之物質。三、為否認子女之訴、收養事件、親權行使、負擔事件或監護權之選定、酌定、改定事件之當事人或關係人。四、為刑事案件、少年保護事件之當事人或被害人。行政機關及司法機關所製作必須公開之文書，除前項第3款或其他法律特別規定之情形外，亦不得揭露足以識別前項兒童及少年身分之資訊，兒童及少年福利與權益保障法第69條第1項、第2項定有明文。

㈡查本件A女係公訴意旨所指兒童及少年性剝削防制條例犯罪之被害人，且其於案發時為未滿18歲之少年，有兒少性剝削案件被害人真實姓名與代號對照表1紙在卷可佐，依上開規定，為保護A女之身分，本判決爰就A女及其父之姓名、住所、年籍等(真實姓名年籍均詳卷)相關可資識別身分之資訊均予隱匿，而以代號或上開稱謂為之。

三、證據能力部分：

㈠被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，屬傳聞證據，原則上不得作為證據；惟按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，而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書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第

159條第1項、第159條之5第1項分別定有明文。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據程序，且檢察官、被告及辯護人於本院準備程序及審理時均明示同意有證據能力（本院卷第67、248頁），基於尊重當事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現之理念，本院審酌該等證據作成時情況，並無違法取證之瑕疵，且無顯不可信之情形，以之作為證據應屬適當，自均有證據能力。

㈡又傳聞法則乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述而為之規範，而本判決所引用之非供述證據，並無刑事訴訟法第159條第1項傳聞法則之適用，本院審酌上開證據資料作成時之情況，因與本案待證事實具有關聯性，且無證據證明係公務員違法取得之物，依法自得作為本案之證據。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

訊據被告對於上開犯行坦承不諱(本院卷第262至263頁)，並據證人即告訴人A女、A女父親指訴明確（警卷第72至73頁，偵卷第89至91頁)；復有臺灣橋頭地方法院113年聲搜字第615號搜索票（警卷第23頁）、高雄市政府警察局湖內分局搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據（警卷第25至31頁）、搜索現場照片、扣案證物資料照片（警卷第33至37頁）、涉嫌人住處現場勘查照片（警卷第51頁）、加害人住處GOOGLE影像（警卷第87頁）、指認犯罪嫌疑人紀錄表（警卷第81至85頁）、A女提供之對話紀錄截圖（警卷第89至98頁）、高雄市政府警察局湖內分局偵查隊受(處)理案件證明單、受理各類案件紀錄表（警卷第107、109頁）、高雄市政府警察局受理性侵害案件減少被害人重複陳述作業交接表（他卷第1頁）、兒少性剝削案件代號與真實姓名對照表（彌封卷資料）、代號與真實姓名對照表（彌封卷資料）、性影像通報表（彌封卷資料）、性侵害案件減少被害人重複陳述作業訊前訪視紀錄表（彌封卷資料）、兒少性剝削事件

報告單（彌封卷資料）、被告手機內影像截圖1份(彌封卷資料)等事證在卷可參，足認被告前開之任意性自白與事實相符，前開犯罪事實已臻明確，被告前開犯行堪以認定，應依法論科。

二、論罪：

㈠新舊法比較：

查被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項於113年8月7日修正公布、於同年月0日生效施行，修正前本項規定「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，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」；修正後本項規定「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，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰金。」，乃增訂「無故重製」之行為類別，並將併科罰金之數額下限提升至新臺幣（下同）10萬元以上，而實質變更法定刑範圍。故經新舊法比較後，本件自以適用113年8月7日修正前即被告行為時兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之規定，對被告較為有利。

㈡罪名：

1.按國家為保護法益之目的制定刑罰法律，而為貫徹其執行並確保法律秩序，解釋適用時，自應以保護之法益為核心。若非侵害刑事法律構成要件保護法益之不法行為，即不能令負該罪責，以免羅織入罪，與憲法保障人民基本權之意旨不符。易言之，法益保護乃刑罰具正當性之基礎，法院對於刑事法律之解釋適用，應以構成要件保護之法益為依據，不得恣意擴張構成要件或增加法律規定所無之內容，而擴增非原有文義所能預測之可罰行為範圍，以符合刑法解釋妥當性之要求。有別於本條例（即兒童及少年性剝削防制條例）第36條第1項之一般處罰規定，同條第3項係以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」作為加重要

件，其保護之法益，除兒少之性隱私與身心健全發展外，另及於兒少性隱私意思自由，本質上屬雙行為犯。而保護個人意思自由之刑罰法律，關於「強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法」之規定，雖不以類似於所列舉之強暴、脅迫等高度強制行為為必要，低度強制行為亦包含在內，但仍須其行為客觀上足以壓抑或妨害被害人意思自由，始足當之。因此，第36條第3項犯罪之成立，除拍攝兒少性影像之基礎行為外，尚須行為人以該項手段，壓抑或妨害兒少對於拍攝性影像之意思自由，而以不法程度較高之方式侵害其性隱私自主權，方能依第36條第3項之加重規定論處（例如1.以強暴、脅迫壓抑其意思自由；2.以藥劑或催眠術等方法造成其認識或意願形成之缺損；3.以具法益關聯性之詐術不當影響其關鍵決定；4.營造其無助或弱勢之處境，使之難以、不易、不敢逃脫或抗拒等）。否則，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪（最高法院114年度台上大字第1405號刑事裁定意旨參照）。

2.本件公訴意旨雖認被告係基於違反本人意願之方法，引誘A女在其住處房間及浴室內進行視訊，並裸露胸部及陰部等私密部位即時傳送予被告觀覽，被告則利用手機錄影功能側錄偷拍A女所傳送之前開裸體視訊影像，而製造A女裸露身體之猥褻行為照片2張、影片1段，因而涉犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項以其他違反本人意願之方法使少女被拍攝性影像罪嫌；蒞庭檢察官另稱：本件縱使如上開最高法院見解，被告所為因而不構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪，亦應符合同條第2項之罪名等語（本院上更一卷第266至267頁）。惟查告訴人於警詢及偵訊時陳稱：其與被告係於113年1月份左右，在交友軟體「Litmatch」上聊天結識，並使用通訊軟體Imstagram相互聯繫，共見面6、7次，彼此算是網友及男女朋友關係，其與被告發生性行為當時是14歲，被告在與其發生性行為時，其中有2、3次持手機拍攝影片，當時有經過其之同意等語（見警卷第72至

76頁，偵卷第89至90頁）；再觀諸本案彌封卷附A女影像截圖11、12、14、15所示，足徵A女當時係經被告告知而同意後，在其住處房間及浴室內以手機自拍裸露身體隱私部分之畫面與被告進行視訊，故被告就本案拍攝及側錄A女性影像行為而言，並未以客觀上足以壓抑或妨害A女意思自由之行為拍攝上開猥褻照片及影片，觀諸前揭最高法院大法庭裁定意旨，被告所為自不該當兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定之構成要件。又綜觀本案卷證，亦查無任何證據足以認定被告有採取引誘手段使A女被拍攝該等裸露隱私部位之影像，是就被告所為亦難以兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之規定相繩。

3.核被告所為，係犯113年8月7日修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝性影像罪。被告拍攝側錄上開照片、影片等性影像，係於密接時間、同一地點實施，侵害同一法益，各行為間獨立性極為薄弱，依一般社會通念，難以強行分開，應視為數個舉動之接續施行，以包括之一行為評價較為合理，應屬接續犯，僅論以一罪。至公訴意旨認被告所犯係兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項或第2項之罪，固有誤會，然本件因基本社會事實同一，且經本院於審理時當庭告知被告上開罪名，並給予檢察官、被告及辯護人辯論之機會（見本院上更一卷第246至247、266至268頁），已充分保障被告之防禦權，爰依刑事訴訟法第300條規定，變更起訴法條予以審理。

㈢被告並無刑法第59條之適用：

1.按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。又刑法第59條，犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑，仍嫌過重者，得酌量減輕其刑之規定，乃法院得自由裁量之事項。而同法第57條規定，科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項（共10款）為科刑重輕之標準，兩條適用上固有區別，惟所謂「犯罪之情狀」與「一切情形」云云，並非有截然不同之領域，於裁

判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即判例所稱有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重），以為判斷。故適用第59條酌量減輕其刑時，並不排除第57條所列舉10款事由之審酌，惟其程度應達於確可憫恕，始可予以酌減（最高法院107年度台上字第453號判決意旨參照）。

2.依修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之規定，其法定刑適用之範圍為有期徒刑1年至7年，本案就被告上開犯罪情狀加以斟酌，尚難認有何顯堪憫恕之情形，自無前揭刑法第59條酌減其刑規定之適用。

參、本院判斷

㈠撤銷改判之理由：

原審經審理後，認被告此部分犯罪事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟被告既然未以客觀上足以壓抑或妨害A女意思自由之行為拍攝上開猥褻照片及影片，亦未採取其他積極手段引誘A女合意被拍攝該等裸露隱私部位之影像，業如前述，原審未詳究上情，逕認被告所為成立兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪，即屬未當。被告主張此部分所為應僅成立修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪等情，為有理由，應予撤銷改判。

㈡量刑

爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為成年人，於行為時明知A女僅屬少年，心智及判斷能力未臻成熟，不思以正當方式處理兩者間之關係，反利用A女未滿16歲，對於性行為方面之智識及自主能力均未臻成熟之機會，為滿足一己私慾，利用A女基於雙方當時交往關係進行視訊，即擅將A女即時傳送其裸露胸部及陰部等私密部位之影像予以拍攝側錄，並將該等猥褻影像畫面儲存於其手機內，對於A女身心健全發展有所危害，所為實非可取；另因被告係透過交友軟體認識未滿16歲女子而犯案，其犯行有配合網路挑選不特定對象進而

犯案之性質，潛在被害對象非少且傳播力強，危險性非輕；此外，被告於112年間方因數起違反兒童及少年性剝削防制條例案件，迭經臺灣臺中地方法院111年度侵訴字第199號刑事判決、同院112年度侵訴字第61號刑事判決判處罪刑，前者於112年4月11日確定，後者於112年10月16日確定，有法院前案紀錄表附卷可考（本院上更一卷第41至46頁），被告竟不思反省，反於113年間為本案犯行，足見國家之刑事追訴、處罰程序顯未使被告知所收斂，其對於刑罰之反應不佳，素行不良，理應酌加重懲，否則難收預防及警惕之效；另考量被告犯後坦承犯行，尚有面對應承擔之司法責任之意，迄今並未與A女或其家屬達成和解、賠償或取得諒解，自陳其智識程度為高中畢業，之前從事晶片製造科技業、月薪約3萬6,000元、未婚、沒有小孩等家庭及經濟情況(本院上更一卷第265至46頁)，暨其犯罪動機、目的、手段等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

㈢沒收：

1.按兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項至第4項之物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，同條第6項定有明文。對照刑法針對散布猥褻物品罪之沒收規定（第235條第3項）之對象包括「文字、圖畫、聲音或影像之附著物」及「物品」此節觀之，兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項所稱「物品」應係指同條1至4項規範猥褻行為之物品本身（即圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品），而不及於「附著物」（即手機、電腦），亦即本案中義務沒收之標的應僅為數位照片、影片之電子訊號，而非該照片、影片所存在之載具即行動電話本身。

2.扣案之ROG PHONE 5S手機1支(搭配SIM卡1張，IMEI：000000000000000、000000000000000；SIM卡電話號碼0000000000號)，為被告所有，且供本件犯行所使用，堪認此為被告所有用以儲存該等性影像之附著物，以及犯罪所用之物，應依刑法第38條第2項前段規定宣告沒收。

3.又被告取得之A女之性影像，乃兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之物品，屬於絕對義務沒收之物，由於數位照片之電子訊號具有易於散布、複製、儲存、轉載等特性，得以輕易傳播、存檔於社群網站、伺服器或其他電子裝置，甚且以現今之技術，刪除後亦有方法可以還原，故基於上開法條規定及保護被害人立場，就被告扣案手機錄製及留存之A女性影像（即如彌封卷A女影像截圖11、12、14、15所示之影片及照片；上開手機通訊軟體LINE「動物之家愛護生命」群組雲端相簿內儲存如彌封卷A女影像截圖11至15所示之影片及照片），均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。

據上論斷，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。

本案經檢察官陳盈辰提起公訴，檢察官李廷輝到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　11　　日

刑事第九庭　審判長法　官　唐照明

法　官　蔡書瑜

法　官　葉文博

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　　3　　月　　11　　日

書記官　梁美姿

附錄本判決論罪科刑法條：

修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第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，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。

附表：

編號	犯罪事實	原判決主文
1	略	
2	略	
3	犯罪事實欄一、㈢	ＡＯ１犯兒童及少年性剝削防制條例第三十六條第三項之違反意願使少年被拍攝性影像罪，處有期徒刑捌年。扣案之ROG PHONE 5S手機壹支(含SIM卡壹張，IMEI：000000000000000、000000000000000；SIM卡電話號碼0000000000號)及如彌封卷A女影像截圖11、12、14、15所示之影片及照片均沒收。通訊軟體LINE「動物之家愛護生命」群組雲端相簿內儲存如彌封卷A女影像截圖11至15所示之影片及照片均沒收。
4	略	
5	略	

卷宗標目對照表

1.高雄市政府警察局湖內分局（高市警湖分偵字第11371542500號）刑案偵查卷宗(警卷)
2.臺灣橋頭地方檢察署113年度他字第2199號偵查卷宗(他卷)
3.臺灣橋頭地方檢察署113年度偵字第13062號偵查卷宗(偵卷)
4.臺灣橋頭地方法院113年度聲羈字第132號卷(原審聲羈卷)
5.臺灣橋頭地方法院113年度侵訴字第42號卷(原審卷)

6.本院114年度侵上訴字第3號（本院侵上訴卷）
7.最高法院114年度台上字第2477號卷（最高法院卷）
8.本院114年度上更一字第20號（本院上更一卷）