臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度上更一字第19號

上　訴　人
即　被　告　沈○○　（年籍詳卷）
000000000000000000
指定辯護人　顏子涵律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣屏東地方法院113年度侵訴字第12號，中華民國113年9月26日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署112年度調偵字第748號、112年度調偵字第752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

原判決關於以違反本人意願之方法使少年被製造性影像部分撤銷。

沈○○犯拍攝少年性影像罪，處有期徒刑壹年貳月。

扣案之OPPO廠牌手機壹支沒收之。

事　實

沈○○與代號BQ000-Z000000000號未成年女子（00年0月生，真實姓名年籍詳卷，下稱B女）前為男女朋友關係，沈○○知悉B女於111年4月間為12歲以上未滿18歲之少年，卻111年4月12日1時46分許，持具攝錄功能之OPPO廠牌手機1支（下稱前揭手機），於與B女視訊裸聊時，基於製造少年性影像之犯意，未經B女同意，於B女不知情之狀況下，以前揭手機之螢幕錄影方式製造含有B女隱私部位及猥褻行為之性影像。

理　由

壹、程序事項：

一、上訴審理範圍：

本件前由原審判決上訴人即被告分別涉犯刑法第227條第1項與未滿14歲女子性交罪（即原判決附表編號1、2部分）、兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項以違反本人意願之方法使少年被製造性影像部分（即原判決附表編號3）等罪，

被告不服而提起上訴，經本院113年度侵上訴字第108號判決上訴駁回後，被告再提起第三審上訴，嗣最高法院將原審判決附表編號1、2部分判決上訴駁回確定，並撤銷原審判決附表編號3（即被告以違反本人意願之方法使少年被製造性影像部分）發回更審，故本院僅就撤銷發回部分予以審理。

二、按，任何人不得以媒體或其他方法公開或揭露被害人之姓名及其他足資識別身分之資訊，性侵害犯罪防治法第16條第4項定有明文。次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3項前段亦有明文。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：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4款、第2項定有明文。經查B女為兒童及少年性剝削防制條例之被害人，本案案發時為12歲以上未滿18歲之少年等情，有B女之代號與真實姓名對照表可證（見警卷二證物袋），而判決為司法機關所製作必須公示之文書，依上開規定，自不得於本判決內揭露足以辨識B女身分之資訊，故本案就B女之姓名、年籍均予遮隱，又因被告與B女間曾為男女朋友關係，可以藉被告之姓名資辨識B女身分，爰就被告姓名予隱匿，合先敘明。

三、證據能力部分：

被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項固定有明文；惟按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符同法第159條之1至之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，同法第159條之5第1項，復定有明文。經查，本

判決後述資以認定本案而具傳聞性質之證據，除前述已說明者外，檢察官、被告及其辯護人均同意有證據能力（見本院卷第82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，復經本院審酌該等證據之作成情況，核無違法取證或其他瑕疵，並與本案均具關聯性，認為以之作為證據為適當，依上開條文規定，自具證據能力。

貳、實體事項：

一、上開犯罪事實，業據被告於警詢、偵訊、本院審理時均坦承不諱，核與證人即被害人B女於警詢、偵訊時之證述（見警卷二第35至38頁，偵卷二第45、46頁）均大致相符，復有被告勘查採證同意書（見警卷一第85頁）、被告手機數位證物勘察報告（見警卷一第84至86頁）、前揭性影像擷圖暨譯文（見警卷二證物袋）、屏東縣政府警察局屏東分局扣押筆錄暨扣押物品目錄表（見警卷二第53至56頁）、臺灣屏東地方檢察署112年度保字第453號扣押物品清單（見偵卷二第71頁）、原審113年度成保管字第256號扣押物品清單（見原審卷第30頁）在卷可稽，並有前揭手機扣案可憑，足認被告上開任意性自白與客觀事實相符，堪以採信。從而，本案事證明確，被告犯行堪以認定，應依法論科。

二、論罪：

㈠法律修正比較之說明：

1.刑法第2條第1項規定「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律」，係規範行為後法律變更所生新舊法比較適用之準據法；所稱「行為後法律有變更者」，係指犯罪構成要件有擴張、減縮，或法定刑度有更異等情形。故行為後應適用之法律有上述變更之情形者，法院應綜合其全部罪刑之結果而為比較適用。惟若新、舊法之條文內容雖有所修正，然其修正內容與罪刑無關，僅為單純文義之修正、條次之移列，或將原有實務見解及法理明文化等無關有利或不利於行為人

之情形，則非屬上揭所稱之法律有變更，自不生新舊法比較之問題，而應依一般法律適用原則，逕行適用裁判時法（最高法院111年度台上字第3365號判決意旨參照）。被告為上開犯行後，刑法第10條第8項於112年2月8日增訂公布，自同年月10日起生效施行；兒童及少年性剝削防制條例第2條第1項第3款、第36條第1項先於112年2月15日修正公布，自同年月00日生效，再於113年8月7日修正公布，自同年月0日生效。

2.刑法第10條新增第8項，於112年2月10日施行，明定「稱性影像者，謂內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：一、第五項第一款或第二款之行為。二、性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位。三、以身體或器物接觸前款部位，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。四、其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為」，此為定義性說明，對被告並無有利或不利之情形，自應逕行適用裁判時法。而被告於本案所拍攝之影像內容，為B女性器官與自慰之行為，故被告所指攝之影像，核屬客觀上足以引起行為人性慾、使被害人感到羞恥之行為與身體隱私部位，自該當上開刑法所規範之性影像甚明。

3.被告為本案犯行後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定先於112年2月15日修正公布，修正前之規定為：「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，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」，嗣於該次修正為：「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1年以上7年以下有期徒刑，得併科100萬元以下罰金」，再於113年8月7日修正為：「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10萬元以上100萬元以下罰金」，經比較新舊法之規定：

①關於112年2月15日之修正規定，係參考112年2月8日修正公布之刑法第10條增定第8項「性影像」定義之文字修正。112年2月15日修正前之兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定「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、製造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者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。」修正為「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、語音或其他物品者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。」均係配合同條例第2條第1項第3款之文字修正，並未實質擴大構成犯罪之行為態樣，亦未提高或降低法定刑度，其修正之結果不生有利或不利於行為人之情形，非屬法律變更，不生新舊法比較之問題，應直接適用該次修正公布之規定。

②而本項於113年8月7日之修正，除增列「無故重製」之行為態樣(與本案被告犯行構成要件無涉)，**且將最低罰金刑提高**，是修正後之規定顯較不利於被告，應依刑法第2條第1項前段規定，適用修正前（即112年2月15日）之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定。

4.按兒少關於性事務之自主判斷能力尚未健全，相對於成年行為人而言，復存在資源與能力之落差，而居於不對等權力之弱勢地位。因此，只要成年人對兒少為性之互動或利用（含性相關行為或性影像之拍攝），即屬兒少性剝削之範疇。本條例第2條第1項第3款關於性影像之兒少性剝削，乃不區別兒少有無意願或決定權，一律加以保護。從而，只要拍攝兒少性影像，就已侵害兒少性隱私與身心健全發展之法益，其行為本身即具剝削性，而屬本條例禁止之兒少性剝削行為。兒少性剝削條例為落實保護兒少之性隱私與身心健全發展，針對不同之行為方法及不法內涵，於第36條第1項至第4項區

別其要件與保護法益，為層級化之處罰（第1項為一般處罰規定，第2至4項則另依不同要件加重處罰），使罪責相當。從法條字面意義解釋，第36條第1項拍攝兒少性影像罪之處罰，並未針對被害人知情與否之主觀狀態，另設要件或限制，只要拍攝兒少之性影像，即符合拍攝兒少性影像罪之一般處罰規定。倘若行為人另有招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法而「促使或助益」兒少性影像拍攝之行為，甚或進一步壓抑、妨害兒少性隱私之意思自由，以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」行之，始依同條第2項或第3項之加重規定處罰。有別於第1項之一般處罰規定，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，此部分法律適用爭議，**業經最高法院115年2月4日以114年度台上大字第1405號裁定：「行為人未施強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術，而以偷拍方式，對不知情之兒童或少年拍攝性影像，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，應依同條第1項之規定論處」為統合之認定，此係最高法院統一之見解。

㈡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項拍攝少年之性影像罪。被告拍攝少年性影像而持有之行為，為拍攝性影像行為之伴隨行為，並未擴大製造性影像造成之損害範圍，應為拍攝少年性影像行為所吸收，不另論罪。又兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定係就被害人為未滿18歲者設立之特別處罰規定，是依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書之規定，被告所犯上開之罪，自無需再依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之規定加重其刑。

㈢至原起訴意旨雖認被告所為係構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造性影像罪，然被告既係於B女不知情之狀況下拍攝本案性影像，即係以偷拍方式對B女拍攝性影像，則依前開最高法院114年度台上大字第1405號裁定意旨，自不能論以兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之罪，是此部分公訴意旨，容有違誤，然其社會基本事實相同，並經本院當庭告知被告所涉上開罪名，且經公訴檢察官當庭變更起訴法條(參見本院卷第110頁)，自無礙被告訴訟防禦權之行使，爰依刑事訴訟法第300條規定變更起訴法條而為審理。

三、上訴論斷

㈠原審就被告上開犯行據以論處被告罪刑，固非無見；然查「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、語音或其他物品罪，屬基本規定。所謂『強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法』，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，該條第3項犯罪之成立，除拍

攝、製造、無故重製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、製造、無故重製性影像之意思自由，而以不法程度較高之方式侵害其性隱私自主權，方能依該條第3項之加重規定論處」，為上引最高法院114年度台上大字第1405號裁定及本案最高法院撤銷發回要旨所指明。本案被告係於B女不知情之狀況下偷拍所得，亦為公訴意旨所主張，可見被告並未對B女施用任何積極手段，且因B女對偷拍過程不知情而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，揆諸上開說明，自應僅成立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項拍攝少年性影像罪，原審未及適用上開最高法院最新之法律見解，而認被告係犯同法第3項之以違反本人意願之方法使少年被製造性影像罪，自有未洽，應由本院撤銷改判。

㈡本院審酌：

被告為滿足個人性慾，明知B女對於性行為方面之智識及自主能力均未臻成熟，仍趁B女不知情之際拍攝性影像，對B女之身心健康與人格發展有不良影響、被告犯後始終坦承犯行，並於原審審理中即依照B女之要求（B女當庭表示「我想與被告和解，我沒有要向被告求償，只要被告道歉就可以了」，原審卷第157頁），當庭對被害人B女道歉，獲得B女原諒，足見被告犯後態度良好、被告於犯本案前未有犯罪紀錄，有法院被告前案紀錄表在卷可考，素行良好、自陳為高職畢業之學歷、原從事刺青工作、與祖父母、姊姊同住、未婚、無子女之智識程度及生活狀況等一切情狀，量處如主文第二項所示之刑。

㈢沒收：

1.沒收適用裁判時之法律，刑法第2條第2項定有明文。又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、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，000年0月0日生效施行之修正後同條第6、7項亦已分別明定。

2.扣案之手機為被告所有，並為供犯本案所用之物，且為前揭性影像之附著物，爰依前揭規定宣告沒收。至前揭手機內附著之前揭性影像，已因前揭手機之沒收而包括在內，毋庸重覆為沒收之諭知。

據上論結，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。

本案經檢察官施怡安提起公訴，檢察官劉穎芳到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　30　　日

刑事第三庭　審判長法　官　吳進寶

法　官　方百正

法　官　莊鎮遠

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　　7　　月　　30　　日

書記官　陳旻萱

附錄本判決論罪科刑法條：

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

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，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。