臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度上更一字第4號

上　訴　人
即　被　告　方大中
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　王森榮律師
　　賴柏宏律師
　　陳彥鳴律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣橋頭地方法院112年度訴字第414號，中華民國113年8月26日第一審判決（起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署112年度偵字第14373號、112年度偵字第17177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

原判決撤銷。

Ａ０１犯無故重製少年性影像罪，處有期徒刑貳年。扣案之門號0000000000號行動電話壹支（含SIM卡壹張）及未扣案之性影像（即本判決所稱Y影片及Z截圖）均沒收。

事　實

Ａ０１為成年人，知悉AV000-Z000000000（民國97年《起訴書誤載為99年》12月生，下稱A男）及AV000-Z000000000B（99年《起訴書誤載為97年》1月生，下稱B男）均為12歲以上未滿18歲之少年。詎Ａ０１於112年3月中旬某日，在高雄市楠梓區後昌路肯德基速食餐廳內，見B男於111年10月底某日在其與A男就讀之國中（校名詳卷）廁所內，所偷拍含有B男於A男不知情之狀況下，拍攝A男如廁過程裸露生殖器之性影像後，竟未經A男之同意，基於對少年無故重製性影像、無故重製少年性影像之犯意，持用門號0000000000號行動電話（含SIM卡1張，下稱甲電話）翻拍B男行動電話中含有A男性器之性影像（下稱本案影片），復承前犯

意，接續於112年3月23日19時36分前某時，持用甲電話將本案影片含有A男性器部分予以截圖，並以圖案遮掩A男性器部位後，再將該截圖（以下與本案影片合稱本案性影像）於112年3月23日19時36分前某時，以通訊軟體臉書Messenger傳送予A男。嗣警獲報於112年7月6日7時50分許，持搜索票在ＡＯ１高雄市○○區○○街00號住處執行搜索，並扣得甲電話及電腦主機1部。

理　由

壹、證據能力

被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條之規定，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條之5第1項定有明文。準此，本判決所引用各項被告以外之人審判外言詞或書面陳述，性質上雖屬傳聞證據，然審酌此等陳述作成時外部情況俱無不當，復經檢察官、被告及辯護人於準備程序同意有證據能力（本院卷第85頁），乃認作為證據應屬適當，自得採為認定事實之依據。

貳、實體部分

一、被告固坦承知悉告訴人A男及B男均為少年，並於前揭時地，見B男偷拍告訴人A男如廁之影片（下稱X影片）後，未經A男同意，接續持甲電話翻拍X影片、將翻拍所得影片（下稱Y影片）截圖並以圖案遮掩A男性器部位（下稱Z截圖）後，再以Messenger傳送Z截圖予A男等情（即本院準備程序之「不爭執之事項」，本院卷第87頁），但否認其翻拍之影片中有告訴人的性器官，亦即否認其翻拍、重製之影片、截圖屬於兒童及少年性剝削防制條例及刑法第319條之3所規定之「性影像」，辯稱：當時B男在炫耀X影片，要分享給余○○（00年00月生，姓名詳卷）看，他們在看影片過程，被告就拿出手機翻拍，但所翻拍之Y影片並無A男裸露生殖器之畫面，非性影像，且伊當下即將Y影片刪除，並於Z截圖放貼圖把那個地方（指生殖器部位）碼掉才傳送予A男，做個保險，檢察官所提證據無法證明伊確實有拍到A男生殖器等語（原審卷第1

52頁）。辯護人則以：本件未於甲電話Google雲端找到Y影片，僅找到蒐證照片（警一卷第43頁，置於偵一卷彌封袋內），而該蒐證照片沒有任何生殖器裸露，X影片、Y影片均僅拍攝A男如廁，不屬於性活動，亦無法證明有拍攝到生殖器，故本件客觀上並無性影像存在等語為被告辯護。經查：

㈠被告為成年人，知悉A男及B男均為少年，於112年3月中旬某日，在高雄市楠梓區後昌路肯德基速食餐廳內，見B男攝得之X影片後，自行持用甲電話翻拍X影片而得Y影片，復於112年3月23日19時36分前某時，將Y影片截圖並以圖案遮掩告訴人A男身體相對位置在性器部位而得Z截圖後，再以Messenger傳送Z截圖予A男等情，業經證人A男及B男歷於警詢、偵訊及原審證述明確，且有通訊軟體對話紀錄及網頁截圖、通話紀錄截圖、個人戶籍資料附卷可稽，並有扣案之甲電話為證，復據被告坦認不諱（本院前審卷第107頁以下及本院卷第87頁以下之不爭執事項）。而被告曾供承確有傳送Z截圖之行為一節，核與被告（使用Fang Da Jhong之名稱）與A男之Messenger對話紀錄中，於「3月23日18：31」被告傳送2張照片，並詢問「你在幹嘛？」，A男回答「在家」之後，確有顯示「Fang Da Jhong已收回1則訊息」之內容，後被告於「3月23日19：36」起，傳送「我今天不小心看到了」等訊息相符（他卷第56、57頁），是此部分事實首堪認定。

㈡被告雖於起訴後一再否認其翻拍之Y影片及Z截圖中含有A男之性器官，且曾否認有傳送Z截圖，並主張該等影像並非性影像等語，然查：

1.被告於警詢中供稱：「（你是否知悉B男於何時？何地？為何偷拍被害人A男上廁所之性影像？影像內容為何？）影像內容是被害人A男在上廁所的影像，拍到被害人下半身，『生殖器』的部分」、「我只有翻拍一小段有拍到生殖器的畫面，沒有全部翻拍」、「只有截圖用Messenger傳給被害人A男，並用貼圖擋住他的生殖器部分」、「（被害人稱你向其告白遭拒，後因取得被害人之性影像則傳送予被害人觀

看又收回，並一直向其強調持有其【小地瓜】之照片（即指被害人之生殖器），稱照片都沒刪，包含小地瓜（即指被害人之生殖器），使之害怕恐懼，是否屬實？）**我有跟他說過這些話**，但我沒有跟他告白，也沒有要恐嚇威脅他的意思」等語（警詢筆錄第5頁以下），顯已自白其確實有上開事實欄所載之行為。

2.被告又於偵訊供稱：「我當時是翻拍影片，錄了5到10秒，我錄的影片有錄到A男露出生殖器的影像」、「（為何要傳你翻拍的影片截圖給A男?）一時好玩」等語（偵訊筆錄第2頁），核與其警詢中所供相符；且被告於原審供稱：「（假如沒有拍到甚麼，甚至被害人說馬上遮起來，為何需要碼掉？）做保險遮，就是double check而已」等語（原審卷第152頁），故若非該截圖確有包含A男之生殖器，被告顯無必要將該截圖以其他圖案遮蔽，更無雙重確保可言，而若被告傳送之Z截圖含有A男之生殖器，其擷取所憑之Y影片中，當然也包含A男之生殖器，而均為法定之性影像，足見被告上開自白並非一時口誤或失言。

3.證人B男於偵訊中證稱（因未滿16歲而未具結）：「（你拍的影片是有拍到A男整個生殖器？）有」、「我有跟Ａ０１說影片我已經刪除了，Ａ０１說可以去手機的『垃圾桶』找看看，他有教我方式，當時我依他的方式自己操作手機，發現手機裡的垃圾桶確實還有該影片，我就一邊吃飯，一隻手拿著手機給Ａ０１看，我不知道他當時有翻拍」等語（偵訊筆錄第2頁以下），與B男以非行少年身分於112年9月22日在高雄少年與家事法院應訊時所供：「（被害人稱111年10月底上廁所時遭你偷拍？）是」、「有拍到被害人生殖器」、「（臉書暱稱Ａ０１之人如何取得影像？）112年3月間在肯德基趁我吃飯時翻拍。他一直跟我講要給他看被害人上廁所的影像，後來無意間被臉書暱稱Ａ０１之人翻拍」等語（調查筆錄第3頁以下）相符，亦與被告上開自白無違。

4.至證人B男雖於原審113年8月1日審理中作證稱：「（辯護人

問：你於警詢中稱，影像內容是被害人在上大號，蹲廁所時，我從廁所上方拍攝，拍到被害人的臉部及生殖器，影像約3秒等語，是否正確？）有臉部，生殖器我不確定，應該是沒有」、「被告好像有翻拍，但我不能確定他有沒有拍」、「（辯護人問：你在警局、檢察官前及少年法院都說有拍到被害人的生殖器，你為什麼今天說你不記得？）因為警察說有，但從少年法院到警局那一段，我其實都沒有看過任何影像」、「（辯護人問：所以你是因為警察跟你說有，你才回答有？）對」、「到底有沒有我不清楚，因為我當下看都沒看就直接刪掉了，而且也是在他面前刪的」、「我覺得應該沒有拍到生殖器」等語（筆錄第12頁以下），改稱其不確定有沒有攝錄到A男的生殖器，也不確定被告翻拍內容是否包含A男之生殖器，且稱其於警詢中所以稱其有拍攝到A男的生殖器，是因為警方向其表示有拍攝到，所以其才承認有拍攝到A男之生殖器等情，然：

①證人B男於同次庭訊中亦證稱：「（檢察官問：該影像有無分享給被告？）有，但具體情形忘了」、「（檢察官問：你說這個影像你原來就已經刪除了，後來又去垃圾桶找出來，而按照Ａ０１講的，在112年3月中旬肯德基你還把這個影像拿出來炫耀，有沒有這回事？）我覺得經過有點久」、「我忘記了」等語（筆錄第10頁以下），一再強調因時隔已久所以不記得，而本案發生在111年10月間，距離原審審理時之113年8月，已有近2年之久，則證人B男所稱不復記憶等語，與常理無違，則其嗣後接受辯護人詰問時所稱「應該沒拍到」等語，即難遽行採信。

②證人B男又證稱：「（檢察官問：你找出來之後，有跟什麼人一起分享嗎？）好像是余〇〇」、「（檢察官問：但是Ａ０１剛才自己講，在肯德基之前，你就有拿過這段影像給他看了，他還不想看，你有沒有分享給Ａ０１？）有，但具體情形忘記了」、「（檢察官問：在肯德基內你有跟余〇〇分享，當時Ａ０１是否在場？）在場，就我們三個人」（筆錄

第10-12頁）、「（檢察官問：你分享給余○○看或者Ａ０１看也好，是分享A男如廁的照片嗎？）是」、（審判長問：為何你先前做筆錄時，完全沒提到當時余○○也在？）我不知道要不要說他」、「（審判長問：如果照你的講法，你當初是主要是想要分享給余○○看，那你怎麼會只有講Ａ０１，沒有講余○○呢？）因為當時只有我跟Ａ０１被告，我就說我們兩個」、「（審判長問：你的意思是因為只有你跟Ａ０１被列為嫌疑人，所以你就只有講Ａ０１？）嗯」（筆錄第19頁）等語，一再顯示其刻意迴護被告之情，故其與被告同庭應訊時所為有利於被告之證詞，難以否定其前於警詢、偵訊、少年法庭時所為供證之可信。

③承上，證人B男於原審作證時稱，於警詢及偵訊中，因檢警並未問及有關余○○，故其陳述內容都僅提及其與被告二人等語，可見其雖年紀尚小，但已能明確知悉其與被告都是以犯罪嫌疑人身分接受詢（訊）問，且事涉其與被告的重大權益，為避免少年余○○也被偵查，故而刻意迴避提及余○○，故若其拍攝之X影像及被告重製之Y影像內容均無包含A男之生殖器，其顯無理由數度明確供證該等影像內容都有A男的生殖器而自證己罪，故證人B男於原審作證時有利於被告之證詞，均無足動搖其另於警詢、偵訊、少年法庭調查時所為證詞之可信。

5.證人即告訴人A男於偵訊中證稱（因未滿16歲而未具結）：「今年3月，Ａ０１就傳訊息給我說他有我『小地瓜』的照片，小地瓜就是指生殖器，他跟我說他是在A男的『垃圾桶』看到的」、「他傳給我的時候有用笑臉圖案把我生殖器的部分擋住」等語（偵訊筆錄第1頁），核與被告上開自白相符。

6.被告及辯護人雖主張被告之警詢筆錄因警方不當誘導，使被告對於本案事實及其法律上權利產生誤認，除致被告未能即時選任辯護人到場協助外，更有反於真實、迎合警方為陳述，而其偵訊筆錄亦因未有辯護人陪同在場，以致於檢警均

未曾提示證據之狀況下自白，故有瑕疵而不能作為認定被告犯行之依據等語，並主張「B男於拍攝A男如廁之影片後，當下未觀看即應A男之要求將手機交給A男刪除X影片，A男刪除X影片時雖有看到一下，但未能看清楚，因此A男、B男均無法確定X影片有無攝及被害人生殖器。嗣B男與被告一同用餐時，因玩鬧自行將X影片從垃圾桶中還原並播放，惟當時B男未仔細觀看影片，故無法確定X影片有無攝及被害人生殖器。被告當時雖以手機翻攝X影片部分片段而持有Y影片，然並未攝及被害人生殖器，因被告先前與A男因打籃球認識後，經常互以「寶貝」等曖昧言語聊天，兩人亦曾出去「約會、遊玩」，且**被告為向A男告發此事**，將Y影片截圖並於A男影像兩腿之間加上笑臉圖案傳送給A男，同時再傳送兩隻公雞頭圖案及力稱A男生殖器為小地瓜等戲謔方式，向A男開玩笑」等情（本院前審卷第267頁以下辯護意旨狀）；然：

①不論是被告之辯解或辯護人之辯護，均未主張被告於警詢、偵訊中曾受警員或檢察官為何種不當之詢（訊）問，以致被告違反自己的自由意志並為不實之供述、自白，或被告係基於何種「誤認」，而兩度為上開自白，故其等否認被告於上開警詢、偵訊中之自白，已非有據。

②被告係經警察持法院核發之搜索票，並以其涉嫌違反性剝削及妨害性隱私之罪名拘提、詢問，且已告知得以選任辯護人陪同之權利，此均載明於被告之警詢筆錄，故被告顯應知悉其因涉嫌犯罪而接受警方詢問，而於警方詢問：「你於何時？何地？自何處？為何翻拍證人B男偷拍被害人A男上廁所之性影像？影像內容為何？影像長度？」等語時，主動供陳：「我記得是我傳送那個影像的截圖給被害人的前幾天翻拍的，詳細時間忘記了」、「影像內容是拍到被害人下半身，生殖器的部分，我只有翻拍一小段，有拍到生殖器的畫面，沒全部翻拍」等語，則依該筆錄所載，警方並未向其誘導詢問「翻拍時間」、「是否截圖傳送給A男」、「翻拍影像之具體內容」、「翻拍比例」等細節，其卻主動供稱「翻

拍時間忘記」、「有拍到被害人下半身，生殖器的畫面」、「只有翻拍一小段，沒全部翻拍」等語，可見被告確係基於自身的記憶為上開供述，並非出於警方之誘導或不當詢問，故辯護人主張被告警詢供述係出於警方不當詢問所為，故無證據能力等語，並無可採。

③偵訊中檢察官已明確告知被告涉犯罪名為兒童及少年性剝削防制條例、妨害性隱私及不實性影像罪，且告知得以選任辯護人陪同之權利，故被告顯已確知其係以犯罪嫌疑人身分應訊，當無理由草率面對、陳述；而被告卻於檢察官僅問以：「為何在扣押手機內，有你翻拍A男上廁所的影片？」等語，並未誘導被告該影片內容是否涉及性影像內容時主動供稱：「我當時是翻拍影片，錄了5到10秒，我錄的影片有錄到A男露出生殖器的影像」等語，可見被告供承翻拍之影片中包含A男之生殖器影像，確實出於被告自己的自由意志及記憶所為供述，被告及辯護人否認上開筆錄之證據能力，並無理由。

④而對於翻拍Y影片並傳送Z截圖之動機，被告雖於原審辯稱：「是為了告發B男的行為」、「因為若只是告誡B男，他也不會照做，甚至會反抗」等語（原審卷第153頁），但此核與其於本院前審所稱：「（為何要錄影？）開玩笑」等語（本院前審卷第230頁）不合。且然被告與B男均供承，B男原已將所拍攝之X影片刪除（丟入「垃圾桶」中），係因被告要求才將該影片還原並由被告翻拍重製，故其辯稱是為了告發B男，且B男不理會其制止行為等語顯然不實，益徵其辯解無可採信且畏罪卸責之情。

㈢綜上所述，被告之上開自白除與證人A男、B男之前引證詞相符外，因被告曾於傳送Z截圖當下對A男表示「我今天不小心看到了」、「你那裡」、「（雞頭圖案）（雞頭圖案）」，事後更表示「照片我都沒有刪」、「包含小地瓜」等情，有被告與A男間之通訊軟體對話紀錄截圖可佐（警一卷第83、101頁）；而被告於原審也供稱：「有拍到生殖器比較嚴重，

所以我才把那的地方碼掉，但其實那個地方也沒有甚麼，我只是做一個保險」、「（審判長問：若沒有拍到甚麼，甚至被害人說馬上遮起來，為何還需要碼掉？）做一個保險遮的話，就是double check而已」等語（原審卷第12頁），設若被告傳送之Z截圖並未包含告訴人之性器官，被告顯無必要另以圖像遮蔽，自然更無雙重保險可言，而若擷取自Y影片之Z截圖有告訴人之性器官，則Y影片中自然也包含告訴人之性器官而均為法定之性影像。故被告於原審之上開供述，益徵被告、A男、B男前開供證稱被告翻拍之Y影片內容確含有A男性器等語可信。

㈣Y影片及Z截圖均為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3項所定之性影像：

1.刑法第10條第8項規定：「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5項第1款或第2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。」，又依該項立法理由，其中第2款所稱「客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」，係指該身體隱私部位，依一般通常社會觀念足以引起性慾或羞恥而言，例如胸部、臀部、肛門等；第4款所定「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。

2.被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第2條第1項第3款、第36條均於113年8月7日修正公布，並於000年0月0日生效施行。又113年8月7日修正草案立法說明略以：考量行為人無故重製兒童或少年之性影像者，所造成之侵害程度不亞於拍攝、製造兒童或少年性影像之行為，爰參酌刑法第319

條之3第1項規定，於同條例第36條第1至3項增訂無故重製之行為，並配合同條例第36、39、44條規定，於同條例第2條第1項第3款增列重製、持有或支付對價觀覽之行為樣態，故修正後同條例第2條第1項第3款規定：「三、拍攝、製造、重製、持有、散布、播送、交付、公然陳列、販賣或支付對價觀覽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。」，同條第36條第1項則規定：「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」。

3. 按：「刑法第2條第1項規定行為後法律有變更，係指犯罪構成要件有擴張、減縮，或法定刑度有異動等情形，故行為後法律有無變更，原則上視其成罪要件或科刑條件之實質內容，有無不同而斷。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，僅為文字、文義之修正或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，不生新舊法比較之問題，自應依一般法律適用原則，逕行適用裁判時法即現行法處斷。兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項，既於112年2月15日配合同條例第2條第1項第3款之文字及刑法第10條第8項之增訂，修正、調整部分文字內容，屬條文用語之修正，修正後並未變更構成要件及法律效果，不生是否有利於行為人之問題，非屬法律變更，自無新舊法比較之必要（本院113年度台上字第2620號判決意旨參照）；另於113年8月7日修正前，該項雖未將『重製』明文列為犯罪行為類型之一，惟實務見解原已認重製行為應在該項所稱『製造』之範疇內（本院105年度台上字第2025號判決意旨參照），故113年8月7日修正後規定明文增列『無故重製』之處罰樣態，雖將無故重製之行為獨立於『製造』概念之外，僅係原有實務見解明文化，未變更構成要件及法律效果，亦不生新舊法比較之問

題。原判決雖認本案應適用行為時即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3項規定，然於本案判決結果無影響（最高法院114年度台上字第959號判決意旨參照），應逕適用裁判時法即現行法處斷。

4.Y影片確含有告訴人A男性器官，業經本院認定如前，核屬刑法第10條第8項第2款之性影像，而Z截圖縱以圖案遮掩告訴人A男性器部位，但該截圖顯係被告從Y影片中顯露出A男生殖器之畫面擷取後，再另以其他圖案遮蔽，故該截圖仍屬同項第4款之性影像，自均該當於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項所定之性影像。

㈤綜上，本件事證明確，被告犯行洵堪認定，應依法論科。

二、論罪科刑

㈠被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項雖於於113年8月7日修正公布，並於000年0月0日生效施行，惟係原有實務見解明文化，未變更構成要件及法律效果，不生是否有利於行為人之問題，非屬法律變更，自無新舊法比較之必要，應逕適用裁判時法即現行法處斷。

㈡兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段成年人故意對兒童或少年犯罪之加重規定，係對被害人為兒童或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（最高法院101年度台上字第5583號、102年度台上字第71號判決意旨參照）。被告為本件犯行時乃成年人，而A男則為12歲以上未滿18歲之少年，有個人戶籍資料存卷可憑，且被告自承行為時知悉告訴人係少年，是核被告所為，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319條之3第1項成年人故意對少年犯無故重製他人性影像罪及現行兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項無故重製少年性影像罪。

㈢「不罰之後行為」係指已合併在前行為加以處罰之後行為，故亦稱為「與罰之後行為」。由於行為人在完成一犯罪後，另為具有附隨性之利用行為或確保行為，刑法上只要處罰在

前之主要行為，即已足以吸收在後之附隨行為之不法內涵之意（最高法院111年度台上字第2806號判決意旨參照）。起訴書雖認被告所為另犯兒童及少年性剝削防制條例第39條第1項無正當理由持有少年性影像罪嫌，然被告無故重製少年性影像後而持有之，其持有行為顯為無故重製行為之伴隨行為，係再次侵害同一保護兒童及少年性發展自主與身心健全成長之社會法益，並未擴大無故重製行為造成之損害範圍，應為無故重製行為所吸收，不另論罪。

㈣被告先後翻拍、截圖而無故重製本案性影像，係於相近之時間實施，且侵害同一法益，客觀上足認係單一行為之多次舉動，主觀上亦係基於單一犯意所為，應包括於一行為評價為接續犯為當。

㈤想像競合及法規競合（或稱法條競合）形式上均屬一行為而觸犯數罪名。前者乃行為人以一行為，而侵害數個相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，本應成立數罪，惟因刑罰評價之對象係行為本身，為避免對同一行為過度及重複評價，刑法第55條前段因而規定從一重處斷；後者則由於刑法條文重複或錯綜複雜之規定，使得行為人以一行為侵害同一法益，同時符合數法條所規定之犯罪構成要件，但因僅有一行為且數法條所保護者為同一法益，是僅能選擇其中一法條論罪，否則有違重複評價禁止原則。參諸刑法第319條之3之立法理由，該條所保護法益為個人之性隱私，核與兒童及少年性剝削防制條例第1條揭示該條例所保護者係兒少身心健全發展之社會法益，有所不同，非屬法規競合，故被告以一行為同時觸犯數罪名，應成立想像競合犯，而從一重論以無故重製少年性影像罪。

㈥兒童及少年性剝削防制條例係針對兒童或少年所設之特別規定，故被告所犯無故重製少年性影像罪，毋庸再依兒童及少年福利與權益保障法第112條前段規定加重其刑。

三、上訴論斷

㈠原審據以論處被告罪刑，固非無見；

1.惟按：「本條例（兒童及少年性剝削防制條例）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，其適用並未排除偷拍兒少性影像之情形。從而，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，不該當本條例第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，已經本院刑事大法庭作成114年度台上大字第1405號裁定在案，而屬本院最近一致之見解」，最高法院著有114年度台上大字第1405號裁定及114年度台上字第4929號判決可參；而本案最高法院撤銷本院前審判決之意旨亦指明：「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」。

2.而本案B男之拍攝X影片係趁A男不知情之狀況下偷拍所得，此為公訴意旨所陳明，亦為A男一再證明，而被告翻拍Y影片時，A男並不在場，亦如前述，自無從對A男施用任何積極手段，則本案拍攝X影片的B男或重製Y影片的被告，既均未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，復未在拍攝行為外，另以其他手段壓抑或妨害兒少之性隱私意思自由；且因A男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，自應僅成立兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第319條之3第1項成年人故意對少年犯無故重製他人性影像罪及現行兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項無故重製少年性影像罪，原審未及適用上開最高法院最新之法律見解，而認被告係犯兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第319條之3第3項成年人故意對少年犯無故重製以違反本人意願方法攝錄所得他人性影像罪及現行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無故重製少年性影像罪，自有未洽，應由本院撤銷改判。

㈡爰以行為人之責任為基礎，審酌本件本係屬少年之B男因欠缺正確觀念，欲與A男開玩笑而擅自攝錄含有A男性器官之A男性影像，然被告為成年人，應能知悉此種B男此舉侵害A男之隱私，竟得知B男曾拍攝X影片，甚至於B男表示已刪除拍攝之影片後，仍刻意找出已刪除之檔案並加以翻拍、截圖，再傳送予A男，除增加X影片外流之風險，其積極擷取Z截圖並傳送給A男之行為，更增加A男之心理壓力；被告犯後雖於警詢及偵訊中坦承犯行，然嗣後一再翻異供辭，甚至於本院前審準備程序中已不爭執曾有傳送Z截圖，後於審判程序中又辯稱僅係配合警方做筆錄，後來發現自己真的沒有傳（本院前審卷第230頁），後再於同次審理期日承認有傳送Z截圖且事後收回（本院前審卷第232頁），但於本院準備程序中又先改稱：「請求傳喚A男、B男，起訴書、原審判決包含將截圖傳送給A男，被告的行為於前審就有爭執並無傳送截圖給A男，實際狀況被告是間接提供給A男，我們是希望透過證據調查的方式釐清，明明卷內的對話紀錄很清楚就是沒有傳送本案的Z截圖，也無收回Z截圖的紀錄，為何A男可以知道Z截圖的存在」等語（本院卷第84頁），嗣再捨棄該部分主張及證人之聲請，然仍否認犯行，故其雖多次表示希望與A男調解，且表明願給付50萬元之意，但終審判程序均不曾見被告承認有上開不當行為，或對於其行為（重製影片與截圖，

以及刻意將Z截圖傳送給A男，並向A男強調其持有A男之性影像，使A男深感恐懼）表示歉意，顯對於其犯罪行為並無悔意之犯後態度，及斟酌被告無故重製性影像之數量（Y影片及Z截圖）、時間長短（Y影片長度不詳，然B男證稱X影片全長約10秒鐘，有拍到A男僅有3秒【見證人B男於偵訊之證述，他卷第74頁】，故Y影片之長度應不會超過10秒）、手段（要求B男將已刪除之X影片復原，又未得同意擅自翻拍、截圖）及內容（Y影片係翻拍自X影片，內容為A男如廁時自廁所上方拍攝、含A男性器之影片；Z截圖為自Y影片擷取含有A男性器官之圖片），被告前無犯罪紀錄之前科素行（見法院前案紀錄表）、被告自陳大學畢業之學歷、現從事飾品販賣，月收入約3萬元之經濟狀況、與父母同住，未婚無子女之家庭狀況等一切情狀，量處如主文第2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.扣案之甲電話業據被告自承為其持以實施本案犯行所用（原審訴卷第41、43頁），且有前揭通訊軟體對話紀錄截圖可佐，不問屬於被告與否，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。又本案性影像（即Y影片及Z截圖）雖未扣案，且據被告供稱業經刪除在卷，然考量性影像得輕易還原、儲存及傳播之特性，基於周全保護兒少免於性剝削之立法意旨，既乏客觀事證可認本案性影像確已滅失，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。

3.扣案之電腦主機1臺固為被告所有，惟卷內事證無從積極證明係本案性影像之附著物或與本案犯行有何關聯，復非違禁物，故不予宣告沒收。

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，判決如主文。

本案經檢察官陳盈辰提起公訴，檢察官劉穎芳到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　21　　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　　5　　月　　21　　日

書記官　陳旻萱

附錄本判決論罪科刑法條：

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。

刑法第319條之3

未經他人同意，無故重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽其性影像者，處五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。