

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

112年度侵上訴字第126號

上 訴 人

即 被 告 BJ000-A110187A

選任辯護人 張欽昌律師（法扶律師）

上列上訴人因家庭暴力罪之兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣彰化地方法院111年度訴字第1186號中華民國112年9月12日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署111年度偵字第408號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

BJ000-A110187A犯以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像未遂罪，處有期徒刑貳年貳月。

未扣案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。

事實及理由

壹、犯罪事實：

BJ000-A110187A（民國00年0月生，姓名年籍詳卷，下稱甲男）為BJ000-A110187（00年0月生，姓名年籍詳卷，下稱乙男）之兄，雙方具有家庭暴力防治法第3條第2、4款之家庭成員關係。詎甲男於110年10月23日19時許，明知當時乙男為智力功能障礙而僅年滿16歲之少年，竟基於對心智缺陷、以照相犯違反意願猥褻、違反本人意願之方法拍攝猥褻行為照片等犯意，在其外婆位在彰化縣田中鎮之住處客廳內，強行將乙男之內、外褲脫下，乙男之性器因而外露；乙男雖多次揮動雙手及口頭表示拒絕，甲男仍強行用手撫摸乙男之性器，並以舌頭舔乙男之性器，而對乙男猥褻得逞；復不顧乙男欲以手將甲男之行動電話撥開，仍強行以行動電話之照相功能欲拍下乙男性器之照片，使乙男被拍攝性器之影像，因未拍攝成功而未遂。

貳、證據能力：

檢察官、上訴人即被告甲男（下稱被告）、辯護人於本院準備程序、審理時，對於本案相關具傳聞性質之證據資料，均不爭執證據能力，且本案所引用之非供述證據，亦屬合法取得，本院審酌該等證據作成及取得之程序均無違法之處，依法均可作為認定犯罪事實之證據。

參、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

- 一、上揭犯罪事實，業據被告於警詢、檢察官偵查、原審及本院審理中坦承不諱（見偵卷第10至11頁、第46頁，原審卷第42至43、94至95頁，本院卷第75、85至86頁），核與證人即告訴人乙男於警詢之證述相符（見偵卷第13至14頁），並有彰化縣政府性侵害案件訊前訪視紀錄表、案發地點照片、性侵害案件減少被害人重複陳述作業聲明書、告訴人之性侵害案件代號與真實姓名對照表、告訴人之身心障礙證明、彰化縣警察局田中分局性侵害案件嫌疑人代號與真實姓名對照表（甲男）、全戶基本資料、性侵害犯罪事件通報表、指認照片等在卷可稽（見原審彌封卷第21至30、37至42、45頁），足認被告自白與事實相符。又關於被告以行動電話之照相功能拍攝告訴人性器照片部分，被告固坦承拍攝後予以刪除等語（見原審卷第95頁），然依告訴人於警詢中證述稱：被告叫我站起來用手機拍我的生殖器，拍完後他有拿他自慰的影片給我看等語（見警卷第13、14頁），僅提及被告有拍攝之動作及看被告影片，但告訴人並未親眼見到被告所拍攝自己之照片，則被告是否成功拍攝，尚屬不明。因此告訴人指述遭拍攝性影像部分是否既遂，除被告自白外，並無質量俱足之補強證據可以佐證，應認被告此部分行為僅屬未遂。
- 二、從而，本案事證明確，被告上開犯行可以認定，應依法論科。

肆、論罪量刑之理由：

- 一、按被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例於112年2月15日經總統華總一義字第11200010181號令修正公布，同年0月00日生效。對照本案所涉同條例第36條第3項之罪，修正前後之構成要件行為及法定刑均未變動，僅犯罪結果所生之物有所修正，修正後為「使兒童或少年被拍攝、自行拍攝（修正

前屬於『製造』之範疇)、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」，經核112年2月15日該條項修正之立法院二讀會之立法說明略以：

「…而依現行實務見解，對於誘使兒童或少年自拍性交、猥褻物品，已有認為「自行拍攝照片或影片，係屬創造照片或影片之行為，應在本條所稱之製造之概念範疇內」。故第二項及第三項未將「自行拍攝」明文列為犯罪行為類型之一，實務上已透過擴大解釋方式，將「製造」行為之文義擴及「使兒童或少年自行拍攝之行為」，不致產生法律適用上漏洞。惟考量「自行拍攝」之相對概念是「被（他人）拍攝」，二者均得以擴大「製造」行為文義解釋範圍予以涵蓋，第二項及第三項既將「使兒童或少年被拍攝之行為獨立於「製造」之概念之外，體系上亦有將使兒童或少年「自行拍攝」之行為」從「製造」概念獨立之必要。爰為臻明確…」，則修正後條文僅係使構成要件文字更為精確（俾利配合刑法增訂妨害性隱私及不實性影像罪章等相關修正），故此部分尚無新舊法比較問題，本案應逕予適用現行條文規定論處。

二、被告行為後，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，該條項係增訂有關性影像之定義為：「稱性影像者，謂內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：□第5項第1款或第2款之行為。□性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位。□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。□其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。」本案被告以違反意願之方法使告訴人被拍攝性器，符合修正後刑法第10條第8項第2款所規範之「性影像」態樣，但該新增規定為定義性之說明，對被告並無有利或不利之情形，自應逕行適用裁判時之新法。

三、按兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項規定，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故意對其犯罪者，加重其刑至2分之1。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定。又犯刑法第

224條之強制猥褻罪，而有同法第222條第1項各款情形之加重強制猥褻罪，除該項第2款規定對未滿14歲之男女犯之者外，別無對於14歲以上、未滿18歲之男女犯之者，亦列為加重條件之規定。惟兒童及少年福利與權益保障法所稱之少年，依同法第2條規定，係指12歲以上未滿18歲之人。如成年人對12歲以上、未滿14歲之心智缺陷少年強制猥褻者，僅論以刑法第224條之1、第222條第1項第2款、第3款之加重強制猥褻罪。而對於同屬少年之14歲以上、未滿18歲心智缺陷之人強制猥褻者，其情節較輕，倘論以刑法第224條之1、第222條第1項第3款之加重強制猥褻罪，再依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑，顯然失衡。是就此情形，應認該加重強制猥褻罪，就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定，不得再依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑（最高法院104年度台上字第1188號刑事判決要旨參照）。查本案告訴人為已滿16歲、未滿18歲之中度身心障礙少年，有上開身心障礙證明可參，被告就此部分如需再依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑，顯然失衡，是就此情形，應認該加重強制猥褻罪，就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定，自應不再適用兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之規定論處。

四、是核被告所為，係犯刑法第224條之1、第224條、第222條第1項第3款及第9款之對心智缺陷之少年以照相犯違反意願猥褻罪、兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第3項之以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像未遂罪。公訴意旨認被告係犯以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像既遂罪，容有未洽，惟因所犯法條相同，僅既、未遂之區別，尚無庸變更起訴法條。

五、又家庭暴力，指家庭成員間實施身體、精神或經濟上之騷擾、控制、脅迫或其他不法侵害之行為；家庭暴力罪，則指家庭成員間故意實施家庭暴力行為而成立其他法律所規定之犯罪，家庭暴力防治法第2條第1款、第2款定有明文。被告為告訴人之兄，與告訴人間具有家庭暴力防治法第3條第4款

所定之家庭成員關係。是核被告所為除犯前揭之罪外，亦同時屬於對家庭成員實施不法侵害之行為，該當家庭暴力防治法第2條第2款之家庭暴力罪。惟因該條款之罪並無罰則規定，仍各依前述加重強制猥褻罪、以違反本人意願方法使少年被拍攝性影像未遂罪論處。

- 六、被告上開加重強制猥褻罪及以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像未遂之行為，於自然意義上雖非完全一致，然被告係於相同時、地對告訴人為上開行為，所為具有行為局部之同一性，得整體評價為一行為。是以，被告係以一行為同時觸犯加重強制猥褻罪及以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像未遂罪2個罪名，為想像競合犯，依刑法第55條規定，應從一重之以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像未遂罪處斷。
- 七、被告已著手於違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像之行為，惟因故未成功而不遂，核屬未遂犯，爰依刑法第25條第2項規定減輕其刑。

八、刑法第59條之適用：

- (一)刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，係裁判上之減輕，必以犯罪之情狀顯可憫恕，認為科以最低度刑仍嫌過重者，始有其適用。如別有法定減輕之事由者，應優先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶嫌過重時，方得為之。其所謂犯罪之情狀，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，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（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷。特別是兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第3項之以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像未遂罪，其法定刑為3年6月以上有期徒刑，刑責極為嚴峻。然同為此犯行者，其主觀惡性、手段情節、所生實害等犯罪情狀未必盡同，倘未審酌其是否有刑法第59條所規定之情輕法重、犯情堪憫之情形，而一概科以上開有期徒刑之刑，難謂符合罪刑相當原則。

(二)查被告對有心智缺陷之少年為上開犯行，危害告訴人之身心健康及人格發展，固應苛責及懲罰；惟考量被告本身亦為智力功能障礙者（見原審彌封卷第33、34頁之被告身心障礙證明），行為時雖無刑法第19條第1項、第2項之情形（見原審卷第61至71頁之衛生福利部草屯療養院函附刑事鑑定報告書），然由其違反告訴人意願之行為手段、經過，與本案並未查獲前述告訴人性影像等情節觀之，尚難認被告客觀犯行或主觀惡性重大。再參諸告訴人於原審準備程序陳稱：我想原諒甲男，因為被告對我這樣做時，我感到不舒服、害怕，感覺很不好，但現在沒有那種不舒服的感覺了，所以想要原諒甲男等語；告訴人之母於原審準備程序供述：希望被告記取這次教訓就好，不要再犯，我原諒被告，但希望被告不要再犯，特別是怎麼可以對親兄弟做這種事等語（見原審卷第44至45頁）。綜上說明，堪認本件縱對被告科以上開未遂犯減得最低刑度之刑，實仍有情輕法重之憾，有違罪刑相當及比例原則，爰依刑法第59條之規定，酌減其刑，並遞減之。

伍、撤銷原判決改判之說明：

- 一、原審認被告罪證明確，依法論罪科刑，固非無見。惟查：(一)被告於行為時雖為成年人，告訴人為未滿18歲之少年，因加重強制猥褻罪，就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定，已如前述，自無庸再依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑，原審就此部分，依檢察官當庭更正之陳述依該規定加重，適用法規容有不當。(二)被告所為以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像部分，已著手於犯罪之實行，但是否已達既遂程度，屬不能證明，自應論以未遂罪，原審以既遂犯論，自有未合。被告及其辯護人上訴意旨指摘於此，上訴為有理由。原判決既有上開違誤之處，自應由本院撤銷改判。
- 二、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知告訴人為智力功能障礙而僅年滿16歲之少年，為滿足個人性慾，竟不顧兄弟之情而對告訴人為加重強制猥褻犯行，更有拍攝告訴人性器之性影像之舉動，雖未拍攝成功，所為對告訴人之身心健康及人格發展產生不良之影響，犯罪手段實屬低劣，惡性與所造

成之危害均非微，應予嚴加非難。惟衡以被告於偵查、原審及本院審理中均能坦承犯行，應認確實面對已過而萌生悔意，足認犯後態度良好，再考量被告本身亦為邊緣性智能不足患者（見原審卷第69頁），暨被告犯罪之動機、手段、情節、造成之危害程度，犯後已獲得告訴人及母親之原諒，及被告自述高職畢業、目前為送貨司機、未婚、無子女、與外祖父母同住、無須扶養之人但需分擔家計等一切情狀（見原審卷第98頁，本院卷第87頁），量處如主文第2項所示之刑。

三、沒收

(一)按沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律，刑法第2條第2項定有明文。查被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項原規定「第1項至第4項之物品，不問屬於犯罪行為與否，沒收之」，該規定於112年2月15日修正為同條例第6項「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」；第7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」，並自112年0月00日生效施行，是本案沒收部分，應逕適用上述新法規定。

(二)經查，被告雖拍攝少年攝性影像，惟被告陳稱業已刪除（見原審卷第95頁、本院卷第86頁），且本案並無證據顯示前揭性影像有拍攝成功，爰不予宣告沒收。

(三)被告之行動電話係用以拍攝告訴人性影像之工具，雖未據扣案，仍應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第7項規定沒收之；並依刑法第38條第4項之規定，宣告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，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。

本案經檢察官林子翔提起公訴，檢察官甲○○到庭執行職務。

中 華 民 國 113 年 2 月 7 日
刑事第十庭 審判長法官 陳 宏 卿

法官 楊 文 廣
法官 楊 陵 萍

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後二十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 陳 三 軫

中 華 民 國 113 年 2 月 7 日

附錄論罪科刑法條全文：

中華民國刑法第224條

(強制猥褻罪)

對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行為者，處6月以上5年以下有期徒刑。

中華民國刑法第224條之1

(加重強制猥褻罪)

犯前條之罪而有第222條第1項各款情形之一者，處3年以上10年以下有期徒刑。

中華民國刑法第222條

犯前條之罪而有下列情形之一者，處7年以上有期徒刑：

- 一、二人以上共同犯之。
- 二、對未滿十四歲之男女犯之。
- 三、對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之。
- 四、以藥劑犯之。
- 五、對被害人施以凌虐。
- 六、利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之。
- 七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之。
- 八、攜帶兇器犯之。

九、對被害人為照相、錄音、錄影或散布、播送該影像、聲音、電磁紀錄。

前項之未遂犯罰之。

兒童及少年性剝削防制條例第36條

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，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。

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、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。