臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度上訴字第1135號

上　訴　人
即　被　告　林泓宇
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人陳秋靜

上列上訴人即被告因違反兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣南投地方法院113年度訴字第236號中華民國114年7月17日第一審判決（起訴案號：臺灣南投地方檢察署113年度少連偵字第38號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

Ａ０１犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪，處有期徒刑壹年陸月；未扣案之手機壹支沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。又犯兒童及少年性剝削防制條例第38條第3項後段、第1項之販賣少年性影像罪，處有期徒刑貳年；未扣案之犯罪所得新臺幣壹佰伍拾元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。應執行有期徒刑叁年。

犯罪事實

一、Ａ０１係成年人，自民國112年9月29日起，與代號BK000-Z000000000號之未成年少女（民國100年生，真實姓名年籍詳卷，下稱甲女）成為通訊軟體INSTAGRAM、LINE之好友，並發展為男女朋友。詎Ａ０１明知甲女為未滿18歲之少年，竟基於拍攝少年性影像之犯意，於112年11月間某日19時許，趁甲女洗澡並與Ａ０１以通訊軟體LINE視訊通話之際，竊錄甲女正在洗澡、全身裸露而客觀上足以引起性慾或羞恥之性影像（下稱本件性影像）。

二、Ａ０１因經濟困頓，竟另行起意，基於販賣少年性影像之犯意，於113年2月間，以每人新臺幣（下同）150元之代價，

以通訊軟體LINE傳送或當場播放本件性影像予未成年人即代號BK000-Z000000000I（00年生，真實姓名年籍詳卷，下稱A男）、代號BK000-Z000000000S（00年生，真實姓名年籍詳卷，下稱B男）、代號BK000-Z000000000Y（00年生，真實姓名年籍詳卷，下稱C男）、代號BK000-Z000000000AD（00年生，真實姓名年籍詳卷，下稱D男）等人觀覽，惟僅B男交付150元予Ａ０１。

三、案經甲女之法定代理人代號BK-000-Z000000000A(真實姓名年籍詳卷，下稱乙女）訴由南投縣政府警察局竹山分局報告臺灣南投地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分

一、行政及司法機關所公示之文書，不得揭露足資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項本文定有明文。本案上訴人即被告Ａ０１（下稱被告）對甲女所為，分別係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項、第38條第3項後段之罪，爰對於足資識別被害人甲女及其法定代理人乙女之相關資訊均予以隱匿，合先敘明。

二、按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項固有明定。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，同法第159條之5第1項定有明文。查檢察官、被告及其辯護人對於本判決所引用被告以外之人於審判外之陳述，均同意有證據能力，本院審酌此等陳述作成時之情況，尚無違法、不當及證明力明顯過低之情形，爰認有證據能力；又本判決所引用之非供述證據，並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，且檢察官、被告及其辯護人均未主張排除其證據能力，依同法第158條之4反面解釋，亦認有證據能力。

貳、實體部分

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

上揭犯罪事實，業據被告於警詢、偵查中及原審審理時均坦認不諱（見警卷第1至7頁、偵卷第91至93頁、原審卷第122頁），核與證人即被害人甲女於警詢時之證述大致相符（見警卷第33至36頁、第37至41頁），復有證人乙女、A男、B男、C男及D男於警詢及偵查時之證述可考（見警卷第9至14頁、第15至20頁、第21至25頁、第27至31頁、第47至59頁、第51至53頁、偵卷第103至107頁），並有甲女出具之指認犯罪嫌疑人紀錄表（見警卷第43至46頁）、南投縣立○○國民中學113年9月30日函檢附性平會調查報告、甲女與他人聊天之對話紀錄翻拍照片、被告之IG頁面截圖、代號與真實姓名對照表、性影像通報表及遭外流之性影像截圖（見偵卷第25至69頁；存於偵卷密封袋內）等附卷可稽，足認被告之任意性自白與事實相符，應堪採信。從而，本件事證明確，被告上開犯行堪以認定，應依法論科。

二、論罪：

㈠、被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條之規定於113年8月7日修正公布，113年8月9日施行。該條例第36條第1項修正前原規定：「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1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣(下同)100萬元以下罰金」；修正後規定：「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」；該條例36條第2項修正前原規定：「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300萬元以下罰金。」；修正後規定：「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、無故重製性影像、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300萬元以下罰金。」；該條例36條第3項修正前原規定：「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、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500萬元以下罰金。」；修正後規定：「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、自行拍攝、製造、無故重製性影像、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500萬元以下罰金。」。修正後該條例第36條第1至3項均僅增列「無故重製性影像」之行為態樣，此與被告於本案所犯「拍攝性影像」之行為無涉，自無須為新舊法比較。惟該條例第36條第1項修正後之規定將最低罰金刑提高，修正後並非有利行為人，經比較新舊法結果，該部分自應依刑法第2條第1項前段，適用被告行為時即修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之規定論處。

㈡、按兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之「強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法」，應具有「壓抑或妨礙意思形成或決定自由」之作用；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、脅迫等方法為必要，但仍必須客觀上具有壓抑或妨礙被害人意思自由之作用，始足當之（最高法院00年度第5次刑事庭會議決議意旨參照）。縱認其規定包含低度強制在內，亦須足以壓抑或妨礙被害人意思形成或決定之自由（最高法院110年度台上字第4578號、110年度台上字第5715號、111年度台上字第3868號等判決意旨參照）。因此，兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之方法，應指以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他足以「壓抑或妨礙被害人意

思自由之方法」而言；按行為人未施強暴、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，最高法院114年度台上大字第1405號大法庭裁定意旨參照。是如行為人未施強暴、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，客觀上既無壓抑或妨害兒少意思形成或決定自由之作用，自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，且若未另有同條第2項或第4項之其他非法行為或營利意圖，則應依同條第1項之規定論處。而刑罰權之行使，應嚴格遵守罪刑法定原則，並以人民得以理解及可預見之標準解釋法律，不得擴張或增加法律規定所無之內容，而擴增可罰行為之範圍，俾免恣意入人民於罪。從而，被告未對甲女施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，單純以偷拍方式，對不知情之甲女拍攝其性影像，客觀上既無壓抑或妨礙甲女意思形成或決定自由之作用，自無構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定之罪，而僅成立同條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪。再參酌刑法第319條之1以下之妨害性隱私及不實影像罪章之立法理由，該等條文旨在強化隱私法益之保障，維護個人生活私密領域最核心之性隱私，是刑法第319條之1第1項規定相對於刑法第315條之1第2款規定，屬隱私權保障層升之法規競合「特別關係」，應優先適用刑法第319條之1第1項之罪，而排除刑法第315條之1第2款之適用。又兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項，係針對被害人為兒童及少年所為之特別規定，與刑法第319條之1第1項亦屬法規競合之特別關係，依特別法優於普通法之原則，亦應優先適用。

㈢、核被告所為，就上開犯罪事實□所示部分，係犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪；就上開犯罪事實□所示部分，則係犯兒童及少年性剝削防制

條例第38條第3項後段、第1項之販賣少年性影像罪。起訴書雖認為被告上開犯行係涉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4項後段、第2項之成年人故意對少年犯販賣未經少年同意攝錄之性影像、兒童及少年性剝削防制條例第36條第4項、第3項之意圖營利以違反本人意願之方式使少年被拍攝性影像、同條例第38條第3項後段、第1項之販賣少年之性影像等罪嫌，且係一行為觸犯數罪名，為想像競合犯，應從一重之意圖營利以違反本人意願之方式使少年被拍攝性影像罪處斷。然查，被告竊錄甲女正在洗澡、全身裸露之性影像，其犯罪時間係112年11月間某日，而販賣本件性影像之犯罪時間係113年2月間，倘被告確有為販賣之營利意圖始對甲女為竊錄本件性影像之行為，殊難想像其販賣本件性影像之犯罪時間竟與竊錄本件性影像相隔3、4個月之久，況被告對甲女為竊錄本件性影像時，雙方係男女朋友關係，彼此並未交惡，被告斯時實無可能將自己竊錄女朋友之性影像予以販賣以求營利，是被告於警詢中供述原本拍攝甲女洗澡的影片只是想留著自己看，後來因為自己沒工作且缺錢，剛好證人等說要用錢跟我買影片，所以我才將影片散布出去等語（見警卷第4頁），應屬實在可信；故應認被告於113年2月間所為販賣少年性影像之犯行，係另行起意，而非一行為觸犯上開各罪名。公訴意旨前揭所認，尚有未洽，然起訴書所認被告犯行，與法院所認定被告犯行之社會基本事實同一，且經本院於審判時告知上開罪名，由檢察官及被告之辯護人就此部分辯論，已充分保障被告之防禦權，爰依法變更起訴法條。

㈣、又被告以偷拍方式，對不知情之甲女拍攝其性影像，若同時該當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，及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1第1項之成年人故意對少年犯未經他人同意，無故攝錄其性影像罪（依法加重其刑至二分之一）之要件；暨被告另行起意為意圖營利而販賣本件性影像之行為，

若同時該當兒童及少年性剝削防制條例第38條第3項後段、第1項之販賣少年性影像罪，及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4項後段、第2項之成年人故意對少年犯販賣未經少年同意攝錄之性影像罪（依法加重其刑至二分之一）之要件；即屬同一犯罪行為而同時有二種法律可資處罰之法規競合情形，應依重法優於輕法、或特別法優於普通法之原則，分別擇較重之（修正前）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、兒童及少年性剝削防制條例第38條第3項後段、第1項之販賣少年性影像罪論處，併此敘明。

㈤、被告所犯上開2罪，其犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

三、撤銷改判暨量刑及沒收之理由：

㈠、原審審理後，以被告犯行事證明確，予以論罪科刑，固非無見；然查，被告所為分別係犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪，及兒童及少年性剝削防制條例第38條第3項後段、第1項之販賣少年性影像罪，且其犯意各別，行為互殊，應予分論併罰，詳如前述，原審認定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4項後段、第2項之成年人故意對少年犯販賣未經少年同意攝錄之性影像、兒童及少年性剝削防制條例第36條第4項、第3項之意圖營利以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像、同條例第38條第3項後段、第1項之販賣少年之性影像罪，且係一行為觸犯數罪名，依想像競合犯規定，從一重之意圖營利以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪處斷，實有違誤；被告上訴以其所為應係涉犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之罪，且請求依刑法第59條規定酌減其刑，雖均無理由，然原判決既有上開適用法律未當之處，仍應由本院予以撤銷改判。

㈡、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告於拍攝本件性影像時與甲女為男女朋友關係，竟為滿足自己之私慾，利用甲女對其

之信任，無故竊錄、攝錄甲女身體隱私部位、性影像，對甲女隱私權之侵害不可謂不重，嗣又因經濟困頓而另行起意販賣本件性影像予認識甲女之友人觀覽，其牟利之犯罪動機、手段及所傳送之電子影像因重覆、傳送甚易之特性，造成本件性影像外流，嚴重影響甲女身心健全發展；就被告本案犯罪之情節、手段與造成之結果，均屬於極為嚴重之程度；考量被告犯後坦承犯行，並表示有意願與甲女洽談和解事宜，惟迄今未能與甲女達成調解或賠償，復未能獲取甲女及其家屬之諒解；兼衡被告在本案前並無其他前科之素行狀況（見卷內法院前案紀錄表）；暨被告於原審審理時所陳述之生活狀況、智識程度、家庭經濟狀況（見原審卷第124頁、第126頁），及公訴人、被告及其辯護人就本案量刑之意見等一切情狀，分別量處主文第2項所示之刑。並審酌被告所為各次犯行之侵害法益、犯罪日期之間隔、責任非難之重複程度、犯罪行為之不法與罪責程度等情，定其應執行之刑如主文第2項所示。

㈢、沒收部分：

1.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；兒童及少年性剝削防制條例第36條第7項前段定有明文。查被告用以拍攝本件性影像之手機1支，為其本案所用之犯罪工具，雖未據扣案，然無證據證明業已滅失而不復存在，爰依兒童及少年性剝削防制條例第36條第7項前段規定、刑法第38條第4項規定宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。至本案所竊錄之本件性影像，被告稱皆已刪除，自無從再予宣告沒收。

2.犯罪所得：被告自承以150元價格出售本件性影像，核與B男之指證相符，雖未據扣案，仍應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

四、被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭，爰不待其陳述，逕行一造辯論判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第300條、第371條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官廖蘊瑋提起公訴，檢察官Ａ０２到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　21　　日

刑事第二庭　審判長法　官　陳慧珊

法　官　葉明松

法　官　許月馨

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，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後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」。

書記官　林冠妤

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　21　　日

附錄本案論罪科刑法條全文：

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、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1百萬元以下罰金。

兒童及少年性剝削防制條例第38條：

散布、播送、交付、公然陳列或以他法供人觀覽、聽聞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、語音或其他物品者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

意圖散布、播送、交付或公然陳列而持有前項物品者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

意圖營利犯前二項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分

之一。販賣前二項性影像、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，亦同。

第一項及第三項之未遂犯罰之。

查獲之第一項至第三項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。