臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度上訴字第636號

上　訴　人　臺灣苗栗地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　杜瑋軒

000000000000000000

000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人　郭博益

上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣苗栗地方法院113年度訴字第449號中華民國114年3月6日第一審判決（起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署113年度偵字第7822號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於其罪刑部分撤銷。

Ａ０２犯拍攝少年之性影像罪，處有期徒刑壹年貳月。

其餘上訴駁回（沒收部分）。

犯罪事實

一、Ａ０２於民國113年4月4日15時11分許，使用臉書社群軟體聯繫代號AD000-Z000000000號之女子（000年00月生，真實姓名年籍詳卷，下稱Ａ女），主觀上已預見Ａ女當時為12歲以上未滿18歲之少年，且縱使如此亦不違反其本意，要求與Ａ女以視訊方式彼此自慰供對方觀賞，而持廠牌、型號為三星A34之行動電話，在其苗栗縣○○市○○路000巷0弄00號住處與Ａ女視訊期間，基於拍攝少年性影像之不確定故意，乘Ａ女不知情之際，以行動電話之螢幕錄影功能，攝錄Ａ女裸露胸部、陰部等身體隱私部位及持筆插入陰道之數位影片1部（下稱本案數位影片），而使Ａ女被拍攝性影像。嗣因Ａ女之母（代號AD000-Z000000000A號）發現Ａ女與網友之對話內容察覺有異，報警處理而循線查獲。

二、案經Ａ女、Ａ女之母訴由新北市政府警察局婦幼警察隊報告臺灣苗栗地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、程序部分：

㈠按性侵害犯罪防治法所稱性侵害犯罪，係指觸犯刑法第221條至第227條、第228條、第229條、第332條第2項第2款、第334條第2項第2款、第348條第2項第1款及其特別法之罪；又行政機關及司法機關所公示之文書，不得揭露被害人之姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別被害人身分之資訊，性侵害犯罪防治法第2條第1項、第15條第3項分別定有明文。再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項前段亦有明定。查本案上訴人即被告Ａ０２（下稱被告）經檢察官以違反兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項罪嫌提起公訴，因本院所製作之本案判決係屬必須公示之文書，為避免告訴人即被害人Ａ女、告訴人Ａ女之母之身分遭揭露，依上開規定，對於其等之姓名、年籍等足資識別身分之資訊均予以隱匿，合先敘明。

㈡審理範圍：

本案係檢察官及被告均不服原判決提起上訴。被告之刑事聲明上訴記載其認量刑過重提起上訴（見本院卷第17頁），並於本院準備序中陳明僅就原判決刑之部分提起上訴，就原判決認定之犯罪事實、罪名及沒收之宣告均不上訴（見本院卷第61、62頁），堪認被告已明示就刑之部分提起上訴。另依檢察官上訴書所載係認原判決未依起訴書所載法條適用兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之違反本人意願之方法使少年被製造性影像罪有所違誤而提起上訴，足見檢察官係全部上訴，本院就本案罪刑及沒收部分皆應予以審理，合先敘明。

㈢證據能力：

1.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項定有明文；復按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；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法第159條之5規定甚明，其立法意旨在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，原則上先予排除，惟若當事人已放棄詰問或未聲明異議，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發現之理念，且強化言詞辯論原則，法院自可承認該傳聞證據例外擁有證據能力。本判決以下所引用被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告及其辯護人於本院準備程序中就證據能力沒有意見等語（見本院卷第65頁），且迄本院言詞辯論終結前亦均未聲明異議，本院審酌該等證據之作成情況，尚無違法取證或其他瑕疵，認以之為本案認定事實之依據為適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，均有證據能力。

2.復按刑事訴訟法第159條第1項所謂被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，並不包含非供述證據在內，其有無證據能力，自應與一般物證相同，端視其取得證據之合法性及已否依法踐行證據之調查程序，以資認定。本判決所引用下列之非供述證據，與本案待證事實間具有關聯性，且無證據顯示係公務員違背法定程序取得，並經本院依法踐行調查程序，依刑事訴訟法第158條之4規定反面解釋，亦有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑證據及理由：

㈠訊據被告就上開事實於警詢時、偵查中、原審及本院準備程序暨審理中均坦承不諱（見偵卷第13至20、93至96頁、原審卷第47至51、85至96頁、本院卷第63、119頁），復經A女、A女之母於警詢時及偵查中證述在卷（見偵卷第23至27、29至31、101至103頁，第35至37、104頁），復有臺灣苗栗地方法院113年聲搜字第465號搜索票、新北市政府警察局板橋分局偵查隊搜索扣押筆錄暨扣押物品目錄表、扣押物品清單、扣押物品照片、臉書社群連結網址一覽表、IP位置資

料、通聯調閱查詢單、新北市政府警察局婦幼警察隊113年8月16日新北警婦字第1131620708號函、兒童少年保護通報表、兒少性剝削事件報告單、性影像通報表各1份、代號與真實姓名對照表2份、臉書頁面截圖2張、影像畫面截圖4張、Messenger對話紀錄19張及光碟1片附卷可稽（見偵卷第37至45、53至75、89頁；偵卷密封袋；原審卷第29、31頁），足認被告自白與事實相符，應堪採信。

㈡有關性影像之說明：

1.按兒童或少年性剝削，指下列行為之一者：拍攝、製造、重製、持有、散布、播送、交付、公然陳列、販賣或支付對價觀賞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；所稱性影像者，謂內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位，113年8月7日修正之兒童及少年性剝削防制條例第2條第1項第3款、112年2月8日修正之刑法第10條第8項第2款分別定有明文。再參以兒童及少年性剝削防制條例第2條之立法理由，係衡量現今各類性影像產製之物品種類眾多，原第3款所定兒童或少年為性交或猥褻行為之照片、影片、影帶、光碟、電子訊號，皆已為刑法第10條第8項之性影像所涵蓋，為與刑法性影像定義一致，爰參酌刑法第10條第8項規定，將第3款之照片、影片、影帶、光碟、電子訊號修正為性影像，並增列重製、持有或支付對價觀賞為處罰態樣，以擴大保護對象範疇。

2.觀諸被告所攝錄之數位影片內容，清楚可見Ａ女之胸部、陰部（即性器）等特徵，均屬極度隱私之身體部位，且Ａ女持筆插入陰道之行為，亦含有性目的而與「性活動」有關，依現時一般社會通念，應可與「性」產生強烈連結，且不具藝術性、醫學性或教育性，客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化，揆諸前揭說明，符合刑法第10條第8項第2款「性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」、第3款

「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」所規範之性影像定義。

㈢綜上，本件事證明確，被告犯行堪以認定，應予依法論科。

三、論罪：

㈠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，自000年0月0日生效。113年8月7日修正公布前之規定：「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100萬元以下罰金。」。113年8月7日修正公布後規定：「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，得併科新臺幣10萬元以上100萬元以下罰金。」113年8月7日修正公布修正後兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定，增列「無故重製兒童或少年之性影像」之犯罪態樣，且提高併科罰金之最低度金額，是113年8月7日修正公布後之規定並未有利被告。依刑法第2條第1項前段規定，應適用112年2月15日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定論處。

㈡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。兒童及少年性剝削防制條例第36條之兒少性影像犯罪，係以第1項之「拍攝兒少性影像」為基本要件，第3項之行為方法則為加重要件：①由於兒少關於性事務之自主判斷能力尚未健全，且相對於成年行為人而言，存在資源能力落

差，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，此由本條例第1條之規定及第2條立法說明揭示：保護兒少身心健全發展，免於遭受任何形式之性剝削、從事色情表演或作為色情之題材而助長性差別待遇意識，避免觀看兒少色情圖畫、照片之人，採取實際行動侵害兒少，提高犯罪之危險性各旨，即可印證。參之已經內國法化之兒童權利公約第34條，要求締約國防止兒少被用於色情表演或作為色情之題材等意旨亦明。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。②本條例第36條之前身，即84年8月11日制定公布之兒童及少年性交易防制條例第27條，係依立法委員擬具之部分條文修正草案併案審查通過（略為文字修正），參照當時立法紀錄，兒少性影像處罰方式區分為一般、意圖營利、引誘或媒介、強制、常業犯等五種。自其條文結構與立法目的以觀，本條例為落實保護兒少之性隱私與身心健全發展，已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，其適用並未排除偷拍兒少性影像之情形。③綜合觀察本條例第36條之構成要件，並參酌刑法妨害性隱私罪之規範意旨與構成要件之概念用語，為維護妨害性隱私罪處罰之一貫性，解釋上，以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝其性影像，即屬本條例第36條第1項文義解釋之射程範圍。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（最高法院刑事大法庭114年度台上大字第1405號裁定意旨參照）。查被告於警詢時供稱：其與告訴人A女係網友，透過臉書交友推薦認識等語（見偵卷第16頁）；復於偵查中供稱：其於聊天過程中側錄被害人自慰影像；事前沒有跟被害人說；其一開始跟對方聊天，聊到這些事後，其問被害人有沒有和別人做過這些事，後來其請被告自慰，其也有自慰；一開始認識時不算是要以互相自慰的方式接近，是聊天以後才聊到這個部分，是其先開始這個話題等語（見偵卷第94、95頁）。告訴人A女於警詢時陳稱：其和這些網友都是臉書及IG認識的等語（見偵卷第24頁），復於偵查中陳稱：其不知道被告當時有把自慰的影片側錄下來，也沒印象他有沒有問過其是否同意錄下來，如果有問的話其不會同意他錄；他當時是在其不知情的情況下錄的等語（見偵卷第103頁），堪認被告應係在彼此自慰過程中未經A女同意而偷拍A女自慰之畫面，並未施用強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術、招募、引誘等方法，而係以偷拍方式，對不知情之A女拍攝性影像，客觀上既無壓抑或妨害A女意思形成或決定自由之作用，自與兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項或第3項之構成要件不符，而應該當同條例第36條第1項規定。

㈢核被告所為，係犯113年8月7日修正公布前之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年之性影像罪。公訴意旨認被告所為該當兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪，容有未洽。又按刑事訴訟法第95條所為罪名告知義務之規定，旨在使被告能充分行使防禦權，形式上縱未告知犯罪嫌疑及所犯罪名，而於訊問被告過程中，已就被告之犯罪嫌疑及所犯罪名之構成要件，為實質之調查，並賦予被告辯解之機會，被告防禦權之行使已獲確保，踐行之訴訟程序雖有瑕疵，顯然

於判決本旨並無影響（最高法院93年度台上字第332號、95年度台上字第4738號判決意旨參照），本院審理中雖未諭知兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪，惟本院復於審理中已提示相關證據而為實質調查，給予被告及辯護人就此部分充分表示意見之機會，然對其防禦權之行使並無實質上妨礙，爰依刑事訴訟法第300條變更起訴法條。

㈣復按成年人教唆、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，加重其刑至二分之一。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，兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項定有明文。再按兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項後段所定成年人故意對少年犯罪之加重，係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103年度台非字第306號判決參照）。被告所犯兒童及少年性剝削防制條例所規定之罪名，既已就被害人為兒童及少年時定有特別處罰規定，自無再依上揭規定加重其刑。又上開兒童及少年性剝削防制條例之規定與刑法第315條之1第2款之規定，係法條競合之特別關係，依特別法優於普通法之原則，應優先適用兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪，自毋庸再論以兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第315條之1第2款之成年人故意對少年犯無故以照相、錄影竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪。

㈤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，此雖為法院依法得行使裁量之事項，然非漫無限制，須犯罪有其特殊之原因、環境與情狀，參以刑法第57條所列10款事項等一切情狀後，在客觀上足以引起一般之同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。又犯罪動機、情節輕微、素行端正、家計負擔、犯後態度等情狀，僅可為法定刑內科刑酌定之標準，不得據為酌量減輕之理由（最高法院101年度台上字第679 號判決要旨參照）。而酌量減輕其刑之規定，係推

翻立法者之立法形成，就法定最低度刑再予減輕，為司法之特權，適用上自應謹慎，未可為常態，其所具特殊事由，應使一般人一望即知有可憫恕之處，非可恣意為之（最高法院111年度台上字第2154號判決意旨參照）。考量A女及A女之母已對被告提出刑事告訴，且A女之母於原審表示無與被告商談調解之意（見原審卷第67頁之電話紀錄表），A女之父於原審審理中則表示應對被告從重量刑（見原審卷第96頁），且被告與A女之母於本院審理期間經2度調解仍因金額差距而未能成立，有本院調解事件報告書、民事報到單可憑（見本院卷第73至76頁），A女之母復表示無再調解意願，有本院公務電話紀錄表可憑（見本院卷第95頁），堪認被告仍未能賠償並獲得告訴人之原諒，且被告所為經本院認定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，最低法定刑為1年以上有期徒刑，依一般社會通常之人之認知，客觀上實無足以引起一般人同情、顯可憫恕之處，自無對其科以最低度刑尤嫌過重而有情輕法重之情形，至被告所提出之大學報到證明、學生證就學貸款申請書暨約定事項、獎狀及認證合格證書等科刑資料（見原審卷第103至117頁），至多僅屬刑法第57條之量刑審酌事由，自無從再依刑法第59條規定酌減其刑。

四、撤銷改判部分：

㈠原審認被告上開部分犯罪事證明確予以論罪科刑，固非無見，惟被告上開犯行僅該當113年8月7日修正公布前之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定，原審認被告係乘A女不知情之際攝錄裸露胸部、陰部等身體隱私部位及持筆插入陰道之數位影片等情係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項以他法使少年被拍攝性影像罪云云，自有未合。至檢察官上訴意旨未及參酌最高法院刑事大法庭前揭裁定意旨，認應該當兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定，亦無可採。本件檢察官上訴固無理由，被告上訴意旨亦未指摘原判決上開部分適用法條為不當，惟原判決即有上開

違誤，自應由本院將原判決關於罪、刑部分併予撤銷，另為適法判決。

㈡爰審酌被告並無前科，素行良好，惟於行為時已預見A女為12歲以上未滿18歲之少年，身心未臻成熟，竟為圖一己私慾之滿足，乘A女不知情之際，以行動電話之螢幕錄影功能攝錄本案數位影片供其觀覽，有害A女之身心健康及人格發展，所為顯屬非是；兼衡被告雖有調解意願，然因雙方就金額差距而未能調解成立，暨其年紀尚輕，與被害人係網友關係且互動狎暱，被告犯後業已坦承犯行，表示悔意，及其犯罪動機、目的、手段、於原審審理中所述之智識程度、家庭、經濟與生活狀況（見原審卷第94頁）及其提出之大學報到證明、學生證就學貸款申請書暨約定事項、獎狀及認證合格證書（見原審卷第103至117頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

五、上訴駁回部分（即沒收部分）：

㈠按沒收因已非刑罰，具有獨立性，其與犯罪（違法）行為並非絕對不可分離，即使對本案上訴，當原判決採證認事及刑之量定均無不合，僅沒收部分違法或不當，自可分離將沒收部分撤銷改判，其餘本案部分予以判決駁回。反之，原判決論罪科刑有誤，而得沒收部分無誤，亦可僅撤銷罪刑部分，其餘沒收部分予以判決駁回（最高法院111年度台上字第117號判決意旨參照）。

㈡原判決就沒收部分，已於其理由、三、㈤說明：1.被告於警詢時供稱：扣案三星A34手機內其他照片及影片，是我用程式下載，儲放在我的雲端硬碟等語（見偵卷第19頁），可知被告攝錄之本案數位影片1部，依目前科技仍有自動上傳至雲端儲存空間之可能，亦無證據可證明已滅失，基於保護A女之立場，不問屬於犯罪行為人與否，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。2.扣案廠牌、型號為三星A34之行動電話1支，存有本案數位影片，而屬性影像之附著物，且為被告攝錄性影像之工具，爰依兒童及少年性

剝削防制條例第36條第6項、第7項前段規定宣告沒收。3.至卷附列印之本案數位影片擷圖，係供本案偵查及審理之證據使用，且無外流之可能，非屬依法應沒收之物；扣案廠牌、型號為三星J6+之行動電話1支，並未查獲其內存有性影像、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，亦無證據證明與本案有關，自均不予宣告沒收。

㈢經核原判決就沒收及不予沒收之認定及說明，於法並無違誤，且並未影響上開罪刑之認定，此部分上訴應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、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。

本案經檢察官楊景琇提起公訴，檢察官徐一修提起上訴，檢察官ＡＯ７到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　1　　日

刑事第十二庭　審判長法　官　簡　源　希

法　官　李　雅　俐

法　官　陳　　葳

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　施　耀　婷

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　1　　日

附錄法條：

113年8月7日修正公布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1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金。