臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度上訴字第884號

上　訴　人
即　被　告　吳軒沅
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　吳奕賢律師(法扶律師)

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣彰化地方法院113年度訴字第677號中華民國114年6月11日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署112年度少連偵字第111號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

吳軒沅犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第三十六條第一項之拍攝少年性影像罪，處有期徒刑壹年貳月。扣案如附表編號1所示之行動電話、代號BJ000-Z000000000號女子之性影像，均沒收。

犯罪事實

一、吳軒沅係成年人，於民國111年7、8月間某日，結識代號BJ000-Z000000000號女子（00年0月生，真實姓名年籍詳卷，下稱A女），並與之成為男女朋友，明知A女為12歲以上未滿18歲之少年，竟基於拍攝少年性影像之犯意，於111年8月中旬某日，在其位於彰化縣○○鄉○○村○○路00○0號之住處，以其所有如附表編號1所示行動電話之LINE通訊軟體與A女進行視訊裸聊，由A女裸露胸部、下體等隱私部位即時予吳軒沅觀覽，過程中吳軒沅並未告知A女，即以上開行動電話螢幕錄影功能，拍攝錄製並擷取A女洗澡裸露胸部、下體之影像，儲存在上開行動電話相簿內。嗣吳軒沅友人許O彬於111年8月28日晚間9時許，在吳軒沅上開行動電話內發現前揭性影像，察覺有異，傳送臉書訊息告知A女此事，並透過A女斯時任職便利商店之店長轉知A女父母上情，另許O彬

友人少年郭○絃（所涉違反兒童及少年性剝削防制條例事件，業經臺灣彰化地方法院少年法庭以113年度少調字第673號裁定不付審理）亦因故知悉吳軒沅上開行動電話內存有前揭性影像後，輾轉傳出A女裸體影像外流之傳言，A女友人聽聞後告知A女，A女報警處理，始為警查悉上情，並扣得吳軒沅如附表編號1所示之行動電話。

二、案經A女告訴及彰化縣警察局鹿港分局報告臺灣彰化地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

一、審理範圍：

按刑事訴訟法第348條規定：「（第1項）上訴得對於判決之一部為之。（第2項）對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。（第3項）上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」本件原審判決後，檢察官未上訴，上訴人即被告吳軒沅（下稱被告）雖明示僅就原判決之刑部分提起上訴，然依最高法院最近統一之見解：「行為人未施強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術，而以偷拍方式，對不知情或兒童及少年拍攝影像，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，應依同條例第1項之規定論處」（最高法院114年度台上字第1405號判決意旨參照），若仍依原判決就上開部分所適用之法條、罪名論處，則會產生明顯悖於前開最高法院大法庭之統一法律見解，而影響被告權益，於此例外情形，本院認為被告原僅就上開刑之部分提起上訴，並不符合可分性準則或有欠妥適，而確有就被告犯行全部加以審理之必要，為維持裁判之妥適及避免發生窒礙矛盾，本院應就被告犯行以全部上訴之程序進行審理及判決，先此敘明。

二、證據能力之說明：

本判決引用之供述證據及非供述證據，檢察官、被告及其辯

護人，均未爭執證據能力，且迄於本院言詞辯論終結前，亦均未聲明異議，本院審酌各該證據作成之情況，並無違法不當之情事或顯然不可信之瑕疵，且與待證事實具有關連性，以之作為證據應屬適當，均具有證據能力。

三、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

訊據被告對於上開犯罪事實，於警詢、偵查、原審及本院審理時均坦承不諱，核與證人即告訴人A女、A女之母、許O彬、郭○絃分別於警詢之證述情節相符(A女部分見警卷第30至33頁；A女之母部分見警卷第34至35頁；許O彬部分見警卷第20頁反面至21頁反面；郭○絃部分見警卷第10頁反面至12頁），並有A女之代號與真實姓名對照表、A女上開性影像畫面之翻拍照片2張（置於少連偵111號卷尾頁之彌封袋內），及A女與友人間之對話紀錄翻拍照片2張、A女與許O彬之對話紀錄翻拍照片2張、A女與被告之對話紀錄翻拍照片4張（見警卷第49至52頁），及被告簽立之自願搜索扣押同意書、彰化縣警察局鹿港分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據各1份（見警卷第5至9頁）附卷可稽，另有被告如附表編號1所示之行動電話1支扣案可資佐證，足認被告之任意性自白與事實相符，堪以採信。本案事證明確，被告犯行洵堪認定，應依法論科。

四、論罪科刑：

㈠、新舊法比較：

被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）第36條第1項先於113年8月7日修正公布、於同年月0日生效施行，修正前本條項規定「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。」；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。」乃增訂「無故

重製」之行為類別，並將併科罰金之數額下限提升至新臺幣（下同）10萬元以上，而實質變更法定刑範圍。故經新舊法比較後，應適用修正前即被告行為時之本條例第36條第1項之規定，對被告較為有利。

㈡、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。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、第2條之規定及立法說明，並參以已內國法化之兒童權利公約第34條規定等意旨即明。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。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。本條例第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。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，即該當本條例第36條第1項之罪，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。又有別於本條例第36條第1項之一般處罰規定，同條第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。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，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。至偷拍行為若同時該當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項之成年人故意對兒少犯未經同意無故攝錄其性影像罪之要件，則屬同一犯罪行為同時有

二種法律可資處罰之法規競合情形，應依重法優於輕法、特別法優於普通法之原則，擇較重之本條例第36條第1項拍攝兒少性影像罪論處，本不待言（最高法院114年度台上字第1405號判決意旨參照）。本案被告行為時與A女為男女朋友，被告與A女進行視訊裸聊，均雙方明知同意，雖被告於視訊裸聊過程中，未告知A女即以其該視訊使用之行動電話錄影功能偷拍A女裸露身體隱私部位之性影像，然其拍攝行為顯然客觀上未足以壓抑或妨害A女之自由意思，且依卷存事證，亦無積極證據顯示其有本條例第36條第2至4項之情事，參照上開最高法院最近統一之見解，本案被告偷拍行為，應僅能論處本條例第36條第1項之罪，尚難以本條例第36條第2至4項之罪相繩。

㈢、核被告所為，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。

㈣、刑之加重、減輕事由：

1.被告前因公共危險案件，經原審法院以109年度交簡字第692號判決判處有期徒刑3月確定，並於110年1月8日易服社會勞動執行完畢等情，未經檢察官起訴論及，雖檢察官於原審提出被告之刑案資料查註紀錄表、臺灣高等法院被告前案紀錄表為證，並說明被告於有期徒刑執行完畢後再犯本案，而加重被告最輕本刑又不會過苛，故建請加重其刑等語（見本院卷第102頁）。然本院審酌被告於上開前案有期徒刑執行完畢後，相隔1年8月再犯本案，所犯二案罪質完全不同，本案被害對象為其交往中之女友，被告偷拍之犯罪手段係屬平和，尚難遽認被告具有對刑罰反應力顯然薄弱之特別惡性，而有依刑法累犯規定加重其刑之必要，爰參依司法院釋字第775號解釋意旨，裁量不加重其刑。

2.刑法第59條規定犯罪情狀顯可憫恕，認科最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，為法院得依職權裁量之事項，然並非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，

始有其適用。本院審酌被告所犯依修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定，其法定刑適用之範圍為有期徒刑1年至7年，綜觀本案被告上開犯罪情節，尚難認客觀上有何足以引起社會一般人之同情，而有情輕法重顯堪憫恕之情狀，自無刑法第59條酌減其刑規定之適用。

五、本院撤銷改判之理由

㈠、原審經審理後，認被告犯罪事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟被告本案偷拍行為，於客觀上並未足以壓抑或妨害A女意思自由，已如前述，原審未查，逕予變更檢察官原起訴之(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，改認被告犯有同條例第36條第3項、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款等罪，並依想像競合犯規定，從一重論處同條例第36條第3項之罪，認事用法容有違誤不當。被告提起上訴請求從輕，辯護人為其辯護主張被告所為應僅成立修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪等情，為有理由，應由本院將原判決予以撤銷改判。

㈡、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為成年人，於行為時與A女為男女朋友，明知A女係未滿18歲之少年，思慮未臻成熟，正處於心智、身體發育均需保護之階段，竟為一己之私慾，利用A女基於當時雙方交往關係進行視訊裸聊，而未告知A女即偷拍A女之性影像，對A女身心健全發展造成危害，所為實非可取，惟被告行為時亦僅24歲，年輕識淺，偷拍所得之性影像僅儲存於自己之行動電話內，並未擅自對外流傳，犯後始終坦承犯行，於本院審理期間雖與A女及其法定代理人達成調解願意賠償30萬元(調解筆錄見本院卷第69至70頁)，惟迄今仍無能力依調解內容給付之犯後態度，參酌告訴人於本院表示被告毫無悔意請求從重量刑之意見(見本院卷第128頁)，兼衡卷附法院前案紀錄表所載之被告前有因公共危險案件，經法院判處有期徒刑3月確定，於110年1月8日執行完畢之素行，本案被告之犯罪動機、目的、手段，自陳

之教育智識程度、工作及家庭生活經濟狀況(見本院卷第127頁)等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

㈢、沒收：

按沒收適用裁判時之法律，刑法第2條第2項定有明文。又按犯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，兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項、第7項定有明文。經查：

1.扣案如附表編號1所示之行動電話，係被告所有供其本案拍攝A女性影像犯行所用之工具，業經被告坦認在卷，應依性剝削條例第36條第7項前段規定，予以宣告沒收。至扣案如附表編號2所示之行動電話，雖亦係被告所有，然無證據證明與本案有關，爰不予宣告沒收。

2.被告本案偷拍之A女性影像，已全數刪除，雖據被告於警詢及偵查中供明在卷，然衡酌現今科技技術，性影像之儲存方式多元，上開性影像於留存之過程中即可能同時留存在雲端伺服器，故基於保護被害人之立場，避免日後有還原流出之情形，該性影像雖未據扣案，仍應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項規定予以宣告沒收。至於上開性影像雖未扣案，然係專科沒收之物，核無追徵價額問題，是尚無宣告其全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額之必要；又卷附上開性影像之翻拍照片，為偵查機關採證所得，係供作證物之用，非屬依法應予沒收之物，自毋庸併予宣告沒收，均附此敘明。

據上論斷，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。

本案經檢察官林家瑜提起公訴，檢察官王清杰到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　16　　日

刑事第三庭　審判長法　官　楊　真　明

法　官　廖　慧　娟

法　官　陳　淑　芳

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　金　珍　華

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　16　　日

附錄論罪科刑法條：

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，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。

【附表】

編號	物品名稱	數量
1	IPHONE 7行動電話	1支
2	IPHONE SE行動電話	1臺