臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度侵上訴字第14號

上　訴　人　臺灣苗栗地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　周稚鈞

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　廖國豪律師（法扶律師）

上列上訴人等因被告違反兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣苗栗地方法院114年度侵訴字第29號中華民國114年12月24日第一審判決（起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署114年度偵字第7273號、第8258號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於附表一編號3所示之罪刑及沒收，及關於附表一編號1至2、4至6所示刑之部分，暨定應執行刑部分均撤銷。

周稚鈞上開撤銷部分，各判處如附表一編號3所示第二審主文欄所示之罪刑及沒收，及處如附表一編號1至2、4至6所示第二審主文欄所示之刑。附表一編號1至5所示第二審主文欄所處之有期徒刑部分，應執行有期徒刑陸年叁月；附表一編號6所示第二審主文欄所處之有期徒刑部分，應執行有期徒刑伍月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

事　實

一、周稚鈞於民國114年間，為苗栗縣後龍鎮某國中之代課老師，代號BH000-Z000000000（000年0月生，下稱甲女）則為該校之8年級生，渠等為師生關係。詎周稚鈞明知甲女當時為14歲以上、未滿16歲之少年，竟基於對14歲以上、未滿16歲之少年為性交、拍攝少年性影像之犯意，於114年7月5日11時23分許，在不詳旅館，未違反A女意願，將其陰莖插入甲女口腔內之方式，與甲女發生性交行為1次，過程中未徵得

甲女同意，在甲女毫無所悉之情況下，以附表一編號1所示手機拍攝甲女為其口交之影片，並將上開性影像轉存於附表二所示之手機內。嗣經警先後依法扣得如附表二編號1至4所示之物。

二、案經甲女之法定代理人BH000-Z000000000A（下稱乙女）訴由苗栗縣警察局竹南分局報告臺灣苗栗地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、本案審理範圍之說明

一、按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第3項定有明文。依該條項之立法說明：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍」等語。準此，上訴權人就下級審判決聲明不服提起上訴時，依現行法律規定，得在明示其範圍之前提下，擇定僅就該判決之「刑」、「沒收」、「保安處分」等部分單獨提起上訴，而與修正前認為上開法律效果與犯罪事實處於絕對不可分之過往見解明顯有別。此時上訴審法院之審查範圍，將因上訴權人行使其程序上之處分權而受有限制，除與前揭單獨上訴部分具有互相牽動之不可分關係、為免發生裁判歧異之特殊考量外，原則上其審理範圍僅限於下級審法院就「刑」（包含有無刑罰加重、減輕或免除等影響法定刑度區間之處斷刑事由、宣告刑與執行刑、應否諭知緩刑）、「沒收」、「保安處分」之諭知是否違法不當，而不及於其他（最高法院111年度台上字第1542號、111年度台上字第872號、第879號、111年度台上字第2489號刑事判決同此意旨）。

二、本案係由檢察官就原判決關於附表一編號3所示「量刑」部分提起上訴；上訴人即被告周稚鈞（下稱被告）則係就原判決關於附表一編號3所示全部提起上訴；另就原判決關於附表一編號1至2、4至6所示「量刑」部分提起上訴，此有本院準備程序筆錄、審理程序筆錄各1份在卷可稽（見本院卷第95、143頁），而未對原判決關於附表一編號1至2、4至6所示認定之犯罪事實、罪名及沒收部分聲明不服，參諸前揭說明，本院僅須就原判決關於附表一編號3所示全部，及附表一編號1至2、4至6所示之「刑」有無違法不當進行審理；至於原判決就附表一編號1至2、4至6部分其他認定或判斷，既與刑之判斷尚屬可分，且不在被告明示上訴範圍之列，即非本院所得論究，合先敘明。

貳、關於證據能力之說明

一、按被告以外之人，於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第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。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，刑事訴訟法第159條之5定有明文。本判決下列所引用被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告及辯護人於本院準備程序中就證據能力均表示沒有意見（本院卷第105頁），且檢察官、被告及辯護人迄本院言詞辯論終結前，均未就該等陳述之證據能力聲明異議，審酌上開證據資料作成時之情況，核無違法不當或證明力明顯過低之瑕疵，並與本案被告被訴之犯罪事實具有關連性，認以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，均具有證據能力。

二、另本判決所引用之非供述證據，經查並無違背法定程序取得之情形，亦無證據證明有何偽造或變造之情事，經審酌與本案被告被訴之犯罪事實具有關連性，依刑事訴訟法第158條之4規定之反面解釋，亦均具有證據能力。

參、本院關於附表一編號3所示部分認定事實及論罪之說明

一、認定事實所憑之證據及理由

㈠上開犯罪事實，業據被告於原審訊問、準備程序、審理時，及本院審理時坦承不諱（見原審卷第25至31頁、第93至101頁、第171至189頁；本院卷第150頁），核與證人即被害人甲女於警詢、偵查之證述、證人即告訴人乙女於警詢、偵查之證述、證人即甲女之父於偵查之證述情節大致相符（見偵卷第49至55頁、第43至47頁、第55頁、他字卷第63至64頁），並有被害人甲女之年籍資料（置證物袋密封）、如附表二所示手機及存於手機內之性影像在卷可資佐證，足認被告前揭任意性自白與事實相符，堪以採信。

㈡綜上，被告係於甲女不知情且未得其同意之情況下，拍攝甲女之性影像，其犯行事證明確，洵堪認定，應予依法論科。

二、論罪之說明：

㈠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。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。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。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114年度台上大字第1405號刑事大法庭裁定意旨參照）。

㈡核被告所為，係犯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。起訴書引用「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」之法條，容有未洽，惟因二者社會基本事實同一，且經本院審理時當庭告知被告所涉法條，無礙被告防禦權之行使，爰依刑事訴訟法第300條變更起訴法條。

㈢被告就上揭犯行，係於與甲女為性交行為時持續拍攝甲女之

性影像，已如前述，兩者行為具有局部重合之情形，依社會通念應評價為一行為，則被告以一行為同時觸犯上開2罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條之規定，從一重論以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至被告本案所犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年影像罪，業以被害人年齡為處罰之特別加重要件，故依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書規定，自毋庸再依該條項前段規定加重其刑。

㈤末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。而所謂「犯罪之情狀」，與刑法第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（包括刑法第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），以為判斷（最高法院95年度台上字第6157號判決意旨參照）。本院審酌被告所犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪名，法定最低刑度為「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」，衡量被告本案犯行之犯罪情節、所造成甲女之身心傷害程度等情，尚不足以使人有情輕法重之感，自無適用刑法第59條規定減輕其刑之餘地，附此敘明。

肆、本院撤銷原判決關於附表一編號3（全部）及附表一編號1至2、4至6（量刑）之理由

一、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號刑事大法庭裁定意旨參照）。本案原審未及審酌前揭大法庭裁定意

旨，而就附表一編號3所示部分適用兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項為判決，所採法律見解，尚有未洽。

二、次按刑事審判旨在實現刑罰權之分配正義，故法院對於有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，此所以刑法第五十七條明定科刑時，應審酌一切情狀，尤應注意該條所列十款事項，以為科刑輕重之標準，並賦予法院裁量權。從而，法官量刑時，應本於『罪刑相當原則』，依法益之位階，重所當重，輕所當輕，必使罪得其刑而刑當其罪，不得重罪而輕判，或輕罪而重判，期使責任與刑罰具有相當性（最高法院96年度台上字第951號刑事判決意旨參照）。查本案被告於上訴本院後已與本案被害人甲女及其法定代理人乙男、丙女達成民事和解，其和解內容為被告願賠償甲女新臺幣（下同）100萬元，給付方式為115年4月30日前給付30萬元，其餘70萬元自115年5月起，按月於每月30日前給付5萬元，至全部清償完畢為止。如有一期未給付視為全部到期，此有被告之辯護人具狀提出之115年3月9日和解筆錄1份附卷可稽（本院卷第159至160頁），惟於115年4月30日屆期後仍未履行，其後於徵得甲女之父同意，於115年5月5日先行匯款支付15萬元，此亦有本院公務電話查詢紀錄表、玉山銀行匯款申請書等件附卷可憑（本院卷第163至172頁）。本件被告於上訴本院後既已與本案被害人甲女及其法定代理人乙男、丙女達成民事和解，並於115年5月5日先行支付第1期部分款項15萬元，已如前述，原審未及於量刑時審酌考量本案於上訴本院後所新增之量刑因素，量刑審酌尚有未足之處，被告上訴請求從輕量刑，即屬有據，而可憑採。

三、綜上，原判決就被告所犯如附表一編號3所示部分適用法律既有違誤，且就如附表一編號1至2、4至6所示部分所為科刑既有前述量刑因素審酌未足之處，即屬無可維持，自應由本院將原判決關於被告此部分暨相關聯之定執行刑部分，依法予以撤銷改判。

伍、本院關於科刑、定應執行刑及沒收之說明

一、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告身為國中老師，本應善盡監督、照護學生之責任，竟未能恪守師生分際，明知甲女性自主決定權及判斷能力均未成熟，猶為滿足自己之私慾，而為本案犯行，所為侵害甲女身心健康發展及隱私權甚鉅，所為殊值非難；復考量被告原於偵查中否認犯行，未能正視己非，迄至原審審理時方坦承犯行之態度，復參以被告於上訴本院後雖已與被害人達成和解，願意賠償被害人100萬元，然就和解筆錄約定於115年4月30日應支付第1期款30萬元部分未能依約完全履行，僅於同年5月5日匯款15萬元而履行第1期款之半數金額，並斟酌被告犯罪動機、情節、目的、手段、被害人之意見，及被告於原審審理時自陳之大學畢業、前從事代理老師、須扶養4名未成年子女及母親等家庭經濟生活狀況（見原審卷第186頁）等一切情狀，分別量處如附表一編號1至6所示第二審主文欄所示之刑。

二、本院並衡酌被告前揭犯行，罪質相近，並參諸刑法第51條第5款係採限制加重原則，而非累加原則之意旨，基於刑罰經濟與責罰相當之理性刑罰政策，考量被告所犯數罪反映出之人格特性，兼衡刑罰規範目的、整體犯罪非難評價、各罪關連及侵害法益等面向，就附表一編號1至5所示第二審主文欄所處之有期徒刑部分，定應執行有期徒刑6年3月；另就附表一編號6所示第二審主文欄所處之有期徒刑部分，定應執行有期徒刑5月，如易科罰金，以新臺幣1千元折算1日。至於本案被告及其辯護人雖請求本院對被告予以宣告緩刑云云，然查被告就本案犯行所為侵害甲女身心健康發展及隱私權，甚為嚴重，縱被告於上訴本院後與被害人及其法定代理人達成民事和解，亦僅能稍微彌補被告所犯本案罪行所造成之傷害，本院審酌被告本案之犯罪情節及所生危害，判處如前揭所示之應執行刑，核予緩刑之要件不合，被告及其辯護人上訴請求宣告緩刑云云，核屬無據，亦無可採，附此敘明。

三、末按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6項、第7項前段分別定有明文。扣案如附表二編號1所示之手機，為被告拍攝甲女性影像所用之物，且附表二編號1至4所示之手機，均係本案相關性影像之附著物等情，業據被告於本院審理時供述甚明（原審卷第180頁），不問屬於被告與否，均應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，於附表一編號3所示項下予以宣告沒收。又本院既已依宣告沒收上開手機，自無庸另行重複宣告沒收本案相關性影像，併此補明。

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、第300條，判決如主文。

本案經檢察官陳昭銘提起公訴，檢察官蕭慶賢提起上訴，檢察官吳宗達到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　7　　日

刑事第二庭　審判長法　官　陳慧珊

法　官　葉明松

法　官　李進清

以上正本證明與原本無異。

附表一編號1至5部分，得上訴。

附表一編號6部分，不得上訴。

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　吳伊婷

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　7　　日

附表一：

編號	原審犯罪事實	原審主文	第二審主文
1	原審犯罪事實欄□㈠	周稚鈞犯引誘少年自行拍攝性影像	周稚鈞處有期徒刑叁年壹月。

		罪，處有期徒刑參年貳月。扣案如附表二編號1至4所示之物均沒收。	
2	原審犯罪事實欄□㈡	周稚鈞犯引誘使少年被拍攝性影像罪，處有期徒刑參年陸月。扣案如附表二編號1至4所示之物均沒收。	周稚鈞處有期徒刑叁年伍月。
3	原審犯罪事實欄□㈢	周稚鈞犯以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪，處有期徒刑肆年。扣案如附表二編號1至4所示之物均沒收。	周稚鈞犯拍攝少年之性影像罪，處有期徒刑貳年壹月。扣案如附表二編號1至4所示之物，均沒收。
4	原審犯罪事實欄□㈣	周稚鈞犯對於未滿十四歲之女子為性交罪，處有期徒刑參年肆月。	周稚鈞處有期徒刑叁年叁月。
5	原審犯罪事實欄□㈤	周稚鈞犯對於十四歲以上未滿十六歲之女子為性交罪，處有期徒刑拾月。	周稚鈞處有期徒刑玖月。
6	原審犯罪事實欄□㈥	周稚鈞犯對於十四歲以上未滿十六歲之女子為猥褻罪，共貳罪，各處有期徒刑肆月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日。	周稚鈞所犯貳罪各處有期徒刑叁月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日。

附表二：

編	名稱	數量	備註

號			
1	華為手機	1支	1.IMEI：000000000000000、000000000000000。 2.含SIM卡2張。 3.原審114年度保字第644號扣押物品清單（原審卷第69頁）。
2	小米手機	1支	1.IMEI：000000000000000、000000000000000。 2.含SIM卡2張。 3.原審114年度保字第644號扣押物品清單（原審卷第69頁）。
3	OnePlus 11 5G手機	1支	1.IMEI：000000000000000、000000000000000。 2.含SIM卡1張。 3.原審114年度保字第644號扣押物品清單（原審卷第69頁）。
4	紅魔8PRO手機	1支	1.IMEI：000000000000000、000000000000000。 2.含SIM卡1張。 3.原審114年度保字第644號扣押物品清單（原審卷第69頁）。