

臺灣高等法院臺南分院刑事判決

113年度上更一字第1號

上訴人

即被告 乙男（真實姓名年籍詳卷）

選任辯護人 蔡文健律師

王又真律師

黃信豪律師

上列上訴人即被告因家暴兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣嘉義地方法院109年度簡上字第205號中華民國110年4月29日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署109年度偵字第6074號），提起上訴，判決後經最高法院發回更審，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

乙男無罪。

理 由

一、公訴意旨略以：被告乙男明知少年即代號BM000-Z000000000號女子（民國00年00月生，行為時未滿18歲，真實姓名年籍詳卷，下稱甲女），尚在高中就讀，竟基於拍攝少年為猥褻行為影片之犯意，於109年1月1日某時許，將網路針孔攝影機裝設在嘉義市○區租屋處（地址詳卷，下稱本案住處）浴室內，並自109年1月23日21時52分許起至同日22時27分止，以錄影之方式拍攝甲女沐浴過程，並將檔案儲存在其所有之華為牌平板電腦內。因認被告涉犯（修正前）兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年為猥褻行為之影片罪嫌。

二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。次按，事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，為裁判基礎；且認定不利於被

告之事實須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定；另認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然無論直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據之為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在，無從使事實審法院得有罪之確信時，即應由法院為諭知被告無罪之判決（最高法院30年上字第816號、40年台上字第86號、76年台上字第4986號判決意旨參照）。又按檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，亦為刑事訴訟法第161條第1項所明定。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任，倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知（最高法院92年台上字第128號判決意旨參照）。

三、公訴意旨認被告涉有上開（修正前）兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年為猥褻行為之影片罪嫌，無非係以被告之供述、勘查採證同意書、扣押筆錄、收據及照片、甲女姓名對照表、全戶資料、擷取照片為其論據。訊據被告固坦承於前揭時地，以錄影之方式拍攝甲女沐浴過程，並將檔案儲存在其所有之平板電腦內之事實不諱，惟辯稱：我沒有違反甲女的意願云云，辯護人亦為被告辯護稱：(一)被告係以偷拍之方式為之，甲女並不知情，故未以違反甲女意願之方法，使甲女被製造猥褻行為之電子訊號。(二)甲女沐浴行為，只是日常生活的一部分，並不構成「猥褻行為」。(三)被告所為係偷拍，而與甲女間並無資源掌握者壓榨的情形，依最高法院111年度台上字第12號判決意旨，應無兒童及少年性剝削防制條例第36條之適用等語。

四、經查，被告為甲女之姨丈，2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。緣被告因與前妻丙女（真實姓

名年籍詳卷，2人於109年3月離婚）長期無性生活，為排解自身性慾需求，於108年1月20日15、16時許，在本案住處浴室內，裝設USB充電器造型之針孔攝影機（下稱針孔攝影機）1個，欲拍攝丙女沐浴之過程，復於其所有之平板電腦1台，安裝應用軟體（APP），設定針孔攝影機即時錄影，自動將錄影檔案以遠端網路傳送方式，傳送至其所有之平板電腦內，做為日後排解性慾需求時觀看錄影檔案，增加情趣之用（所涉對丙女犯竊錄非公開活動及身體隱私部位罪，經丙女提出告訴後，業經原審法院以109年度嘉簡字第1109號判處拘役45日確定）。甲女於109年1月23日寒假期間，與家人至嘉義市過年，與已滿18歲之姊姊丁女（真實姓名年籍詳卷）一同借住在本案住處。被告明知甲女為未滿18歲之人，亦知悉針孔攝影機仍繼續運作中，而於甲女不知情之情形下，以針孔攝影機拍攝甲女於同（23）日21時52分許起至同日22時27分止，裸露全身沐浴之過程，並將上開拍攝之電子檔案，以網路傳送至平板電腦內。嗣因丙女於109年1月24日，在被告之平板電腦內發現其與丁女、甲女入浴之影像檔案，復於本案住處浴室內發現針孔攝影機，因而報警處理等情，業據被告坦承不諱（本院110年度上訴字第832號卷第134頁、本院卷第111-112、126-127頁），核與證人丙女於警詢時（警卷密封袋）證述屬實，且有甲女之兒少性剝削案件代號與真實姓名對照表及全戶戶籍資料查詢結果4份（警卷密封袋）、兒少性剝削事件報告單1份（警卷密封袋）、109年2月23日勘察採證同意書1份（警卷第8頁）、嘉義市政府警察局第二分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據各1份（警卷第9-11頁）、扣案物照片6張（警卷第12-14頁）、錄影擷取照片27張（警卷密封袋）、臺灣嘉義地方法院109年度嘉簡字第1109號刑事簡易判決1份（臺灣嘉義地方法院109年度嘉簡字第1238號卷第29-34頁）附卷可稽。又有針孔攝影機1個、平板電腦1台扣案可證。是此部分事實，堪信為真實。

01 五、兒童及少年性剝削防制條例新舊法之說明：

02 (一)被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第2條第1項第3
03 款、第36條於112年2月15日修正公布，同年0月00日生效。
04 其中該條例第2條第1項第3款原規定：「本條例所稱兒童或
05 少年性剝削，係指下列行為之一：三拍攝、製造兒童或少年
06 為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子
07 訊號或其他物品」，修正為：「本條例所稱兒童或少年性剝
08 削，指下列行為之一者：三拍攝、製造、散布、播送、交
09 付、公然陳列或販賣兒童或少年之性影像、與性相關而客觀
10 上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品」。此部分
11 修正係參考112年2月8日修正公布之刑法第10條增定第8項
12 「性影像」之定義，「性影像」係指內容有下列各款之一之
13 影像或電磁紀錄：「一第5項第1款或第2款之行為（即以性
14 器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。或以
15 性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或
16 使之接合之行為）。二性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之
17 身體隱私部位。三以身體或器物接觸前款部位，而客觀上足
18 以引起性慾或羞恥之行為。四其他與性相關而客觀上足以引
19 起性慾或羞恥之行為」，因修正前兒童及少年性剝削防制條
20 例第2條第1項第3款所定兒童或少年為性交或猥褻行為之圖
21 畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，皆已
22 為前述性影像之定義所涵蓋，為求一致性及避免掛一漏萬，
23 故於兒童及少年性剝削防制條例亦同為修正。

24 (二)兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項、第3項修正前規
25 定：「拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照
26 片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，處1年以上7
27 年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金」、「以
28 強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方
29 法，使兒童或少年被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照
30 片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品者，處7年以
31 上有期徒刑，得併科新臺幣500萬元以下罰金」，修正後規

01 定：「拍攝、製造兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上
02 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
03 年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金」、「以
04 強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方
05 法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造性影像、與性相
06 關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品
07 者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣500萬元以下罰
08 金」。由修正內容以觀，該條例第36條第1項、第3項係配合
09 同條例第2條第1項第3款為文字修正，並未實質擴大構成犯
10 罪之行為態樣，亦未提高或降低法定刑度，故修法後之規定
11 不生有利或不利被告之問題，自無刑法第2條第1項比較新舊
12 法規定之適用。

13 六、被告是否以違反甲女意願之方法，拍攝甲女裸露全身沐浴之
14 影像？

15 (一)按兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定之違反意願
16 拍攝性交猥褻影像罪，其所指「違反本人意願之方法」，係
17 指該條所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術以外，其
18 他一切違反被害人意願之方法而言，且不以類似於所列舉之
19 強暴、脅迫、藥劑、詐術及催眠術等方法為必要，祇要其所
20 為具有壓制或妨礙被害人意思自由之作用，或被害人意思決
21 定過程，因行為人之行為而發生瑕疵者，即合於「違反本人
22 意願之方法」之要件。而為了保護兒童及少年免於成為色情
23 影像拍攝對象，以維護兒童及少年身心健全發展之普世價
24 值，參照具內國法效力之兒童權利公約第19條第1項規定：
25 「簽約國應採取一切適當之立法、行政、社會與教育措施，
26 保護兒童（該公約所稱『兒童』係指未滿18歲之人）……不
27 受到任何形式之身心暴力、傷害或虐待、疏忽或疏失、不當
28 對待或剝削，包括性虐待」，以及我國為了保護兒童及少年
29 身心健全發展，防制兒童及少年成為性交易或拍攝色情影像
30 之對象，特別制定現行兒童及少年性剝削防制條例之立法目
31 的，應由保護兒童及少年之角度，解釋本條項所指「違反本

人意願之方法」之意涵，即凡兒童及少年被人拍攝性交或猥褻等色情影像之際，係因行為人刻意隱匿其事先架設錄影器材，使該兒童及少年處於「不知」被拍攝之狀態，以致無法對於被拍攝行為表達反對之意思，乃剝奪兒童及少年是否同意被拍攝性交或猥褻行為影片之選擇自由。再依法律對於兒童及少年身心健康發展應特別加以保護之觀點而言，以前述隱匿而不告知之方式偷拍或竊錄兒童及少年性交或猥褻行為之影片，顯然具有妨礙兒童及少年意思決定之作用，就其結果而言，無異壓抑兒童及少年之意願，而使其等形同被迫而遭受偷拍性交或猥褻行為影片之結果，應認屬本條「違反本人意願之方法」（最高法院111年度台上字第3725號判決意旨參照）。

(二)被告明知甲女為未滿18歲之少年，且知悉其擅自在本案住處浴室內裝設針孔攝影機，將使甲女在不知情之情況下遭拍攝裸體沐浴過程之影片，而以上揭隱匿、不告知方式，偷拍竊錄甲女裸露全身沐浴過程之影片，就結果而言，無異壓抑、妨礙甲女意思自由之作用，形同被迫遭拍攝裸露行為影片之結果，而無以甲女「知情」、或被告與甲女間需有互動為構成要件，故於甲女不知情之情形下所為之偷拍行為，仍屬以違反本人意願之方法。揆諸前揭判決意旨，被告所為自屬違反甲女意願之方法。從而，被告及辯護人辯稱：偷拍行為與違反本人之意願有別，被告並未以違反甲女意願之方法，拍攝甲女沐浴之影像云云，委無足採。

七、被告拍攝甲女裸體沐浴之過程，是否構成（修正前、後）兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項或第3項所規定之拍攝少年（或使少年被製造）為「猥褻行為」（即性影像）之影片（或電子訊號）？

(一)按兒童及少年性剝削防制條例第1條開宗明義規定：「為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展，特制定本條例。」依其立法說明，是立基於保護兒童及少年免於遭致性剝削之普世價值，而依據聯合國兒童權利公

約第34條及兒童權利公約之精神，將侵犯兒童或少年而與其身心健全發展有關之任何性活動，均列為係對兒童及少年之「性剝削」，以防杜拍攝、製造兒童、少年為性交或猥褻行為之性影像，而侵害兒童、少年身心健全發展之基本人權，亦即以立法明文方式，揭示不容許兒童、少年放棄或處分其上述基本人權，以免因任何非法之性活動而遭致性剝削之旨。司法院釋字第623號解釋理由書揭示「兒童及少年之心智發展未臻成熟。……『性剝削』之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒童及少年『免於從事任何非法之性活動』，乃普世價值之基本人權。」亦說明「性剝削」含有在不對等權力地位關係下之壓榨意涵，確立「性剝削」之概念較「性交易」為廣，兒童、少年必須被視為應維護及保障的權利主體，任何對於兒童、少年以身體或性自主意識來滿足剝削者權力慾望之性活動，皆屬於對兒童、少年之性剝削。而刑事法上所稱之「猥褻」，屬評價性之不確定法律概念，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（司法院釋字第407、617號解釋意旨參照）。又依103年6月4日制定公布、同年00月00日生效施行之兒童權利公約施行法第2條規定，兒童權利公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。故前揭兒童權利公約有規定者，屬刑事法律關涉保護兒童及少年身心健全發展相關事項之特別規定，而應優先適用。又兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項至第3項所列之罪，依其文義及體系解釋，乃係以行為人對被害人施加手段之強弱，以及被害人自主意願之法益侵害高低程度之不同，而予以罪責相稱之不同法定刑，並於同條例第43條第1項及第2項規定減輕或免除其刑之適當調節機制以資衡平，為層級化規範，使規範密度周全，以達保障兒童及少年權益之立法目的，並符罪刑相當原

則、比例原則之憲法要求。是法院於具體個案審查是否屬使兒童或少年被拍攝「猥褻行為」之性影像時，自應本諸上揭保障及促進兒童、少年權利及保護兒童、少年身心健全發展之立法目的，以行為人所為，是否為資源掌握者基於不對等權力地位壓榨下，與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為，作為性剝削之判斷標準，而不侷限於行為人主觀上有滿足自己性（色）慾之意念，而在客觀上施行足以誘起他人性（色）慾之舉動或行為者為限。上揭相同之法律用語（猥褻行為），因兒童及少年性剝削防制條例與刑法各自規範目的不同，為符合前者乃為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展之立法本旨與價值取向，自應依循上述差異性之理解脈絡，而為犯罪概念個別化不同解釋內涵，即學理所稱之「法律概念相對性」，以調和使整體法律規範之適用結果，符合法秩序整體一致性及法價值體系間之和諧，俾利實現兒童及少年性剝削防制條例之核心規範保護目的，兼維護刑法之安定性（最高法院111年度台上字第11、12號、112年度台上字第2540號判決意旨參照）。

(二)查被告所拍攝甲女沐浴過程之影片，甲女雖有裸露全身之情形，有錄影擷取照片27張（警卷密封袋）在卷可按。然而，該影片（或電子訊號）被告係在本案住處浴室裝設針孔攝影機所「偷拍」，並非被告居於資源掌握者之地位，基於不對等之權力關係，對甲女施加手段所拍攝，亦即與「性剝削」含有在不對等權力地位關係下之壓榨意涵，尚有未符；又甲女在沐浴過程中雖有裸露全身之情形，但此僅為日常生活中一般洗澡的狀況，並未有所謂姿態淫蕩或刻意強調性器官或性暗示之情事，亦即與「猥褻」之概念，係指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者（不侷限於行為人主觀上有滿足自己性《色》慾之意念），亦有未符。依上而論，被告主觀上雖有滿足自己性（色）慾之意念，惟揆諸上開判決意

旨，兒童及少年性剝削防制條例與刑法關於「猥褻行為」概念，因各自之法規範目的及保護法益未全一致，自應依循上述差異性之理解脈絡，而為犯罪概念個別化不同解釋內涵，以為調和，而該影片並非基於彼此不對等權力地位下所拍攝，且綜合整體特性而為觀察判斷，參酌現時社會之一般觀念，洗澡（沐浴）裸露全身之過程，在客觀上並非施行足以誘起他人性（色）慾之舉動或行為之「猥褻行為」。從而，被告拍攝甲女裸體沐浴過程之行為，尚與（修正前、後）兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項或第3項之構成要件，均屬有間。

八、綜上所述，被告之行為與（修正前、後）兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項或第3項之構成要件尚屬有間（被告對甲女、丁女涉犯刑法妨害秘密罪部分，均未據告訴）。此外，復無其他積極證據足認被告有上開（修正前、後）兒童及少年性剝削防制條例之犯行，揆諸前揭法條及判決意旨，即屬不能證明被告犯罪，自應為被告無罪之諭知。

九、原審未予詳究，乃認被告所為已構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項以違反本人意願之方法，使少年被製造猥褻行為之電子訊號犯行，而予論罪科刑，容有違誤。被告執前開辯詞上訴，指摘原判決不當，為有理由，應由本院將原判決撤銷改判，而為被告無罪之諭知。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第301條第1項，判決如主文。

本案經檢察官謝淑杏提起公訴，檢察官劉榮堂到庭執行職務。

中 華 民 國 113 年 2 月 29 日

刑事第六庭 審判長法官 何秀燕

法官 鄭彩鳳

法官 洪榮家

以上正本證明與原本無異。

檢察官如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書，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

01 由書，但應受刑事妥速審判法第9條規定之限制。

02 被告不得上訴。

03 書記官 謝麗首

04 中 華 民 國 113 年 2 月 29 日