臺灣高等法院臺南分院刑事判決

114年度侵上訴字第2058號

上　訴　人
即　被　告　王光忠
選任辯護人　黃睦涵律師

上列上訴人因妨害性自主等案件，不服臺灣臺南地方法院114年度侵訴字第9號中華民國114年7月15日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署112年度營偵字第1944號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於Ａ０２部分撤銷。

Ａ０２犯散布少年性影像罪，共貳罪，各處有期徒刑壹年參月，應執行有期徒刑壹年陸月。緩刑參年，緩刑期間付保護管束，並應接受玖小時之法治教育課程。

如附表所示之物均沒收之。

事　實

一、Ａ０２於民國112年2月中旬，透過交友軟體「Litmatch」認識代號AC000-Z000000000號女子（96年8月生，真實姓名年籍詳卷，下稱甲女），而成為網友，其明知A女為未滿16歲之少年，竟分別為下列行為：

㈠Ａ０２於112年6月19日12時許，以社群軟體Instagram（下稱IG）帳號與甲女聊天時，因心情不佳，要求甲女陪伴，而與甲女相約在位於臺南市後壁區之某校（詳卷）見面，並駕駛車牌號碼0000-00號自小客車搭載甲女，於行經172甲線道路時，在路邊停車，其明知甲女當時為14歲以上未滿16歲之女子，性觀念未臻成熟，復因Ａ０２先前得知甲女之前男友莊○○仍在聯繫甲女，為使莊○○與甲女斷絕聯繫，竟仍同時基於對於14歲以上未滿16歲之女子為性交、拍攝少年性影像及散布少年性影像之犯意，徵得甲女同意後，以由甲女為其口交之方式，與甲女為性交行為1次，並在甲女為其口交過程中，趁甲女不知情之際，持甲女之行動電話攝錄甲女為

其口交之性影像後，旋將該錄影檔案以甲女之行動電話經由甲女之IG帳號傳送予莊○○。

㈡之後同日Ａ０２繼續駕車欲載甲女返家，途經南99線鄉道時，在路邊停車，另同時基於對於14歲以上未滿16歲之女子為性交、拍攝少年性影像及散布少年性影像之犯意，徵得甲女同意後，以生殖器插入之方式，與甲女為性交行為1次，並在與甲女為性交過程中，再次趁甲女不知情之際，持甲女之行動電話攝錄其對甲女性交之性影像後，旋以上開方式將該錄影檔案傳送予莊○○。

㈢嗣因莊○○於112年6月19日接收到Ａ０２所攝錄之上開性交影像檔案後，因感到憤怒，重製上開性影像後，再將該性影像以IG回傳予甲女，並於112年6月21日起至同年7月3日間，接續以IG傳送訊息予甲女，恫稱欲將上開性交影像檔案發送給甲女家人、學校同學及送至警察局等語，甲女因此心生畏懼，乃報警處理，始為員警查悉上情。

二、案經代號AC000-Z000000000A號甲女之父（真實姓名年籍資料詳卷）訴由臺南市政府警察局白河分局報告臺灣臺南地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由

上開犯罪事實，業據被告於警詢、偵查、原審及本院審理中均坦承不諱，核與原審同案被告莊○○於警詢、偵查及原審審理中之陳述（見警卷第21至28頁，營偵卷第43至46頁，原審卷第97至103、153至171頁）及被害人甲女於警詢時之證述相符（見警卷第39至43、45至49、51至53、55至56頁），並有莊○○與甲女之Instagram對話紀錄畫面翻拍照片（見警卷第95至112頁）、車牌號碼0000-00號自用小貨車112年6月19日車辨系統資料、原審法院112年聲搜字第919號搜索票、臺南市政府警察局白河分局搜索扣押筆錄各1份、被告莊○○扣案之行動電話正反面照片2張在卷可稽（見警卷第77至78、95至112頁），足認被告所為之任意性自白與事實相

符，堪以採信。從而，本案事證明確，被告上開犯行堪以認定，應依法論科。

二、論罪部分

㈠按關於行為人以偷拍方式（未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，以下同），對不知情之兒童或少年（以下簡稱兒少）拍攝其性影像，是否該當本條例第36條第3項構成要件之法律爭議，經最高法院刑事大法庭於民國115年2月4日以114年度台上大字第1405號裁定主文宣示：「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。」並於裁定理由說明略以：國家解釋適用刑罰法律應以保護之法益為核心，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。而性隱私自主權與身體性自主權，係性自主權之不同面向，立法保護之法益與處罰模式亦有區別。刑法妨害性自主罪，係保護「身體性自主」之意思形成或決定自由，而刑法妨害性隱私罪保護之主要法益則係「個人性隱私」，且由於侵害性隱私常見之手段為「未經同意」偷拍，刑法妨害性隱私罪之處罰，乃以「未經同意」為基本要件（刑法第319條之1第1項），至於強暴、脅迫等或其他違反意願之方法，則係侵害性隱私罪之加重要件（刑法第319條之2第1項）。必也其行為侵害性隱私時，另侵害不法內涵更高之性隱私意思形成或決定自由，始能適用加重處罰規定論處較重罪刑。由於兒少關於性事務之自主判斷能力尚未健全，且資源能力落差，居於不對等權力之弱勢地位，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。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，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，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。又本條例第36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，故其犯罪之成立，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，否則僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪等旨，並經本院提案庭以上開大法庭裁定所表示之法律見解為基礎，以114年度台上字第1405號為判決，此為最高法院現今統一之見解。查因甲女對被告偷拍過程始終不知情而無從為任何意思形成或決定，客觀上亦無壓抑或妨害甲女性隱私意思形成或決定之作用，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。且被告未另有同條第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。

㈡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」，修正後該條例第36條

第1項僅增列「無故重製性影像」之行為態樣，此與被告於本案所犯之行為無涉。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。

㈢甲女係00年0月出生之人，此有代號與真實姓名對照表1份附卷可查（置於112年度營偵字第1944號卷，下稱營偵卷，彌封資料袋內），是甲女於112年6月19日係14歲以上未滿16歲之女子。核被告就犯罪事實一㈠、㈡所為，均係犯刑法第227條第3項之對於14歲以上未滿16歲之女子為性交罪、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、同條例第38條第1項之散布少年性影像罪。公訴意旨認被告就拍攝甲女性影像部分係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪，依前揭說明，尚有未合，惟其基本社會事實相同，且經本院告知上開罪名（見本院卷第100、150、206頁），使被告一併辯論，而不影響其防禦權，爰依法變更此部分起訴法條。

㈣被告就所犯上開3罪，分別係被告駕車搭載甲女時在172甲線道路旁、南99線鄉道旁對甲女為性交行為時，均持行動電話攝錄其與甲女性交行為之性影像，其所為性交行為與攝錄性影像行為間，各具有時間緊密性及部分行為重疊性；又被告2次攝錄性影像後，均再散布予莊○○，參以被告於偵查中供稱：因甲女於上車時表示前男友在騷擾她，伊想說傳送性影像給她前男友，他就不會再騷擾甲女等語（見營偵卷第34頁），足認被告拍攝性影像之目的係為傳送予甲女前男友莊○○，其2次拍攝性影像及散布性影像行為，亦各具有時間緊密性及部分行為重疊性，手段與目的間有部分合致之一行為，均係同一時間、空間所為，以上核各屬一行為。是以，被告分別屬一行為觸犯數罪名之想像競合犯，應分別從一重之拍攝少年性影像罪處斷。

㈤被告就犯罪事實一㈠㈡所載2次犯行，時間、地點均不同，其犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

㈥被告所犯上開各罪均已將「對14歲以上未滿16歲之男女」、「兒童或少年」設為特別處罰之規定，亦即已將被害人年齡為其處罰之特殊要件，依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書規定，自毋庸再依該法第112條第1項前段之規定加重其刑。

㈦刑法第59條關於裁判上減輕之規定並非漫無限制，必於審酌一切之犯罪情狀而認有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般人同情，認為即予宣告法定低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用。至於被告是否坦白犯行、素行，以及犯罪之動機、犯罪之手段、犯罪所生之危險或損害，被告之之年齡、智識程度、家庭與經濟狀況等情狀，無非均屬應依刑法第57條所定，在法定刑內從輕科刑之量刑審酌事項，自不得據為酌量減輕之理由，以免濫用致破壞立法者設定法定刑之刑事政策。經查，被告對於甲女為性交並拍攝、散佈甲女性影像等犯行，依其犯罪情節，難認有何「犯罪之情狀顯可憫恕」之處，且經分別從一重論以兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項之散布少年性影像罪後，有期徒刑部分之宣告刑下限為有期徒刑1年，相較於檢察官起訴及原判決論以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拍攝性影像罪之有期徒刑部分宣告刑下限為有期徒刑7年，已減輕甚多，自無情輕法重之憾，應無再依刑法第59條規定酌減其刑之餘地。

三、撤銷原判決之理由及量刑、沒收：

㈠被告上訴意旨略以：原審認定被告構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項部分，依據最高法院114年度台上大字第1405號裁定認為應構成同條例第1項之罪名。又被告已跟被害人和解，也給付完畢，請求從輕量刑，並給予緩刑機會等語（見本院卷第207至208頁）。

㈡撤銷原判決之理由：

原判決以被告犯罪事證明確，予以論科，固非無見。惟查，被告拍攝甲女性影像部分犯行，應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，原審論以同條第36條3項之罪，因認情輕法重而依刑法第59條減刑，尚有未洽。又被告上訴後，已與甲女調解成立，並已賠償甲女90萬元，有本院調解筆錄（見本院卷第71至72頁）及被告提出之郵政跨行匯款單（見本院卷第143頁）在卷可憑，其犯後態度與原審判決時已有不同，是被告之量刑基礎已有變更，原審未及審酌上情，亦有未當。從而，被告上訴意旨指摘原判決量刑過重，為有理由，且原審有前述適用法則違誤之處，自應由本院將原判決關於被告部分予以撤銷改判。

㈢量刑：

爰以行為人之責任為基礎，審酌被告行為時明知甲女當時之年紀，卻仍與甲女為性交行為，並趁甲女不知情之際，先後2次攝錄其與甲女之性交過程之性影像檔案並傳送予莊○○，其所為對甲女之身心傷害非輕，自應予非難。惟考量被告犯後坦承犯行，業與甲女調解成立及賠償完畢；兼衡被告自陳之學經歷、家庭狀況（見本院卷第214至215頁）及無前科素行（見本院卷第47頁法院前案記錄表）等一切情狀，分別量處如主文第2項所示之刑，並考量被告所犯本件2罪，犯罪性質相同，出於相同之犯罪動機，且其犯罪時間之間隔相近，對法益侵害之加重效應情形，責任非難重複程度較高，如以實質累加之方式定應執行刑，處罰之刑度恐將超過其行為之不法內涵與罪責程度，為避免責任非難過度評價，並兼顧刑罰經濟及恤刑之目的，爰定應執行刑為有期徒刑1年6月，以資懲儆。

㈣緩刑宣告：

1.被告前未曾因犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有法院前案紀錄表附卷可參，本院審酌被告因一時失慮而犯罪，犯後已坦承犯行，且於本院審理中已與被害人成立調解，並履行賠償完畢，尚見悔意，而獲得被害人諒解，同意法院給予從輕量

刑及緩刑之機會，亦經前揭調解筆錄載明在卷。本院認為被告經此偵、審程序及科刑教訓後，應知所警惕而無再犯之虞，本院綜合各情，認對其所宣告之刑，均以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款規定，併予宣告緩刑3年，以啟自新。

2.另考量被告對於兩性觀念、女性性自主權利及少年免受任何形式性剝削權益之尊重尚有欠缺，為防止被告再犯暨使被告確實知所警惕，並深刻瞭解法律規定及守法之重要性，本院認尚有課予一定負擔之必要，爰依刑法第74條第2項第8款規定命其應自本判決確定後接受法治教育課程9小時，復依刑法第93條第1項第1款、第2款、兒童及少年福利與權益保障法第112條之1第1項規定諭知於緩刑期間付保護管束。倘被告違反本院諭知之上開負擔而情節重大，足認此次緩刑之宣告難收其預期效果而有執行刑罰之必要者，檢察官尚得聲請撤銷本案緩刑之宣告，併此敘明。

3.此外，兒童及少年福利與權益保障法第112條之1第1項、第2項規定，「成年人故意對兒童及少年犯兒童及少年性剝削防制條例、刑法妨害性自主罪章...之罪而受緩刑宣告者，在緩刑期內應付保護管束。法院為前項宣告時，得委託專業人員、團體、機構評估，除顯無必要者外，應命被告於付保護管束期間內，遵守下列一款或數款事項：一、禁止對兒童及少年實施特定不法侵害之行為。二、完成加害人處遇計畫。三、其他保護被害人之事項」。法院於判斷是否屬於「顯無必要」時，應審酌被告犯罪時之動機、目的、手段、犯後態度、對被害人侵害程度、再犯可能性、與被害人之關係，及被告前有無曾經類似犯罪行為，或為一時性、偶發性犯罪等因素而為綜合判斷（立法理由第4點參照）。查被告在此之前並無前案紀錄，其犯後已坦承犯行，並與甲女成立調解並賠償，且據被告及辯護人以書狀或當庭陳明被告目前已逐漸步入生活正軌，本院亦課以被告前揭法治教育之負擔，而甲女業已成年，且與被告已無任何接觸及聯絡，可認被告對甲

女再犯之可能性已大幅降低，是本院審酌上開各情，認顯無必要再命被告於緩刑付保護管束期間遵守該條項所列各款事項，附此敘明。

㈤沒收：

1.按「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項分別定有明文。

2.查依被告於偵查中供稱：伊拍攝之影片，口交部分有一段，性行為好像有兩段，都有傳送給前男友等語（見營偵卷第36頁）。是被告所攝錄如附表編號1、2所示錄影檔案係性影像之附著物，應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項規定，均宣告沒收之。又被告攝錄本案性影像所使用之行動電話係甲女所有，不予宣告沒收。至扣案之被告所有行動電話1支，因其供稱並未用以拍攝或重製本案性影像，且無證據證據證明係其供犯本案所用之物，亦不予宣告沒收。

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。

本案經臺灣臺南地方檢察署檢察官吳坤城提起公訴，臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官葉耿旭到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　25　　日

刑事第五庭　審判長法　官　蔡川富

法　官　林臻嫻

法　官　曾子珍

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　蔡双財

中　華　民　國　115　年　3　月　25　日

附錄本案論罪科刑法條：

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1項及第三項之未遂犯罰之。

查獲之第1項至第3項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。

中華民國刑法第227條

對於未滿十四歲之男女為性交者，處3年以上10年以下有期徒刑。

對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處6月以上5年以下有期徒刑。

對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處7年以下有期徒刑。

對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處3年以下有期徒刑。

第1項、第3項之未遂犯罰之。

附表：

編號	沒收物名稱	數量
1	被告Ａ０２與甲女口交之錄影檔案	1個
2	被告Ａ０２與甲女性交之錄影檔案	2個