臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上更一字第10號

上　訴　人
即　被　告　陳◯融
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　何永福律師

上列上訴人因兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣嘉義地方法院113年度訴字第334號中華民國113年12月10日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署113年度偵字第8676號），提起上訴，經最高法院發回更審，本院判決如下：

主　文

㈠原判決關於罪刑部分撤銷。

㈡上開撤銷部分，陳◯融犯拍攝少年之性影像罪，處有期徒刑壹年貳月，緩刑貳年，緩刑期間付保護管束。

㈢其他上訴駁回（沒收部分）。

事　實

一、陳◯融與代號BM000-Z000000000之女子（民國00年00月生，真實姓名年籍詳卷，下稱A女）為男女朋友之關係，明知於案發時A女為未成年之少年，竟基於拍攝少年性影像之犯意，於113年4月27日0時許，在陳◯融位於嘉義市◯區◯村街00號3樓之2之居處，在其與A女發生性行為之際，在A女不知情之情況下，以手機攝錄兩人性交之影片，以此方式使A女被拍攝性影像。

二、案經A女訴由嘉義市政府警察局移送臺灣嘉義地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、上開事實，業據被告於警詢、偵查、原審、本院審理時均坦承不諱（警卷第4頁，偵卷第21、22頁，原審卷第51、83頁，本院卷第83頁），核與證人即告訴人A女於警詢及偵查中指訴相符（警卷第9至14頁，偵卷第21、22頁），並有被

告與告訴人間通訊軟體Line對話紀錄截圖（警卷第21至27頁）、告訴人繪製之被告住處平面圖（警卷第29頁）、原審113年度聲搜字第522號搜索票（彌封袋內卷二第1頁）、嘉義市政府警察局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表及扣押物品收據（彌封袋內卷二第3至7頁）在卷可稽，足認被告之任意性自白與真實相符，本案事證明確，被告犯行堪以認定，應予依法論科。

二、論罪科刑：

㈠新舊法比較：

按被告為本案行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條規定，於113年8月7日修正公布，同年月0日生效，其立法理由記載：考量行為人無故重製兒童或少年之性影像者，所造成之侵害程度不亞於拍攝、製造兒童或少年性影像之行為，爰參酌刑法第319條之3第1項規定，於第1項至第3項、第7項增訂無故重製之行為，將其納入犯罪行為予以處罰，並定明第1項罰金下限。查被告本案犯行應適用兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定（詳下述，故僅就兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定為新舊法比較），修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1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」，修正後兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定：「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」，被告本案犯行雖與此次修正新增之「無故重製」之犯罪類型無關，惟修正後兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定提高得併科罰金之下限金額為10萬元，經新舊法比較結果，修正後兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定並未較有利於被告，依刑法第2條第1項前段規定，應適用行為時法即修正前

兒童及少年性剝削防制條例第36第1項規定。

㈡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）。又兒童及少年性剝削防制條例第36條之前身，即84年8月11日制定公布之兒少性交易防制條例第27條，其中關於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對不同之行為方法及不法內涵，其後於兒童及少年性剝削防制條例第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，只要拍攝未滿12歲兒童或12歲以上未滿18歲少年(下稱兒少)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。是綜合觀察兒童及少年性剝削防制條例第36條之構成要件，並參酌刑法妨害性隱私罪之規範意旨（保護之主要法益係「個人性隱私」）與構成要件之概念用語（以「未經同意」為基本要件，另以「強制〈或違反意願〉」為加重要件），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，即屬兒童及少年性剝削防制條例第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。又有別於兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之一般處罰規定，同條第3項另以「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。從第3項設定之構成要件以觀，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，兒童及少年性剝削防制條例第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，行為人以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，既未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，復未在拍攝行為外，另以其他手段壓抑或妨害兒少之性隱私意思自由，自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項之規定處罰。此為本院最近之統一見解（最高法院115年度台上字第818號判決意旨參照）。

㈢按刑法第10條第8項規定：「稱性影像者，謂內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：一、第5項第1款或第2款之行為（即性交行為）。二、性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位。三、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。四、其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。」參諸該條項之立法理由，其中第4款所稱「其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之

行為」係指其影像內容未如第1款或第3款行為清楚呈現「性器」或「足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。前述有關「性影像」之定義，於解釋兒童及少年性剝削條例第36條所規範之「性影像」時，應得加以參照。查被告供稱：我是在我和告訴人發生性行為時，持手機開啟錄影功能，錄製我和告訴人發生性行為的影片。影片內容是告訴人趴著並全裸，有錄到告訴人的背跟後腦，但沒有拍到臀部、胸部或私處等語（警卷第4頁、原審卷第51、83頁），可知被告雖未攝得性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位，惟衡諸被告係於其與告訴人發生性行為時所攝，且影像之內容為告訴人全裸之趴姿，復其係以攝影之動態方式呈現性行為之原況，綜合以上各節，自通常一般人之角度，均可辨識該影片攝得之內容係性行為發生之過程，客觀上足以引起性慾或羞恥，揆諸上開說明，應屬性影像無訛。

㈣查被告為上開犯行，係以偷拍方式，對不知情之被害人A女拍攝性影像，卷內並無證據證明被告對A女有施以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他非法行為，或有營利意圖，參諸前開最高法院刑事大法庭裁定意旨及最高法院判決意旨，被告本案犯行自不該當（修正前後）兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之構成要件，應依（修正前）兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定予以論處。是核被告所為，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（已適用特別法，故不另論刑法第319條之1第1項之罪）。

㈤公訴意旨認被告本案所為，係犯刑法第319條之1第1項之妨害性隱私罪及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，被告係以一行為而觸犯上開2罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條前段規定，從一重之兒童及少年性剝削防制條例第36條3項之以違反本人意願之方法，使少年被拍攝性影像罪處斷等語，

尚有未洽。雖罪名有異，惟起訴之社會基本事實同一，且經本院當庭諭知被告所為可能涉犯（修正前）兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪（本院卷第82頁），對於被告之防禦權行使已有所保障，爰依刑事訴訟法第300條之規定，變更起訴法條。

㈥刑之加重減輕：

1.被告本案所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，業以A女之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，自毋庸再依該項前段規定加重其刑。

2.不適用刑法第59條規定減輕其刑：

⑴按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，固得依據刑法第59條規定酌量減輕其刑。條文所謂犯罪情狀，必須有特殊之環境及原因，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重；而所謂犯罪情狀顯可憫恕，係指裁判者審酌刑法第57條各款所列事項，以行為人之責任為基礎之一切情狀，予以全盤考量後，認其程度已達顯可憫恕之程度，始有其適用。又按刑法第59條所定之酌量減輕其刑，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期猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑而言。倘被告別有其他法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑（最高法院112年度台上字第4940號判決意旨參照）。

⑵查被告本案所為拍攝少年性影像罪犯行，係在性交過程中所為，嚴重侵害少年性隱私權，造成A女身心發展影響，其犯罪手段、犯罪情狀，危害均非輕，依其犯罪當時之情節，並無何特殊之原因與環境，在客觀上自無足以引起一般同情，

而顯然可憫之情狀。再者，拍攝少年性影像罪之法定最低刑度為有期徒刑1年以上（得併科100萬元以下罰金），被告所為犯罪情節，亦無情輕法重而有違罪刑相當及比例原則之情形，自無刑法第59條減輕其刑規定之適用。

三、撤銷原判決之理由：

㈠原審以被告本案犯行，事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查：被告本案犯行，應論以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，已論述如前，原審論以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，而予科刑，自有不當。被告以適用法則不當為由，提起上訴，為有理由，衡以最高法院亦以相同事由發回，自應由本院撤銷改判。

㈡爰審酌被告為一己私慾，於性交過程偷拍上開影片，所為殊值非難；惟衡被告並無前科，有被告之臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可參（原審卷第15頁），素行良好；犯後始終坦承不諱，且與告訴人成立調解，有調解筆錄在卷可稽（原審卷第37頁），告訴人於原審亦具狀陳稱其已原諒被告（原審卷第45頁），犯後態度尚佳；兼衡其自述高職肄業之智識程度、現從事水電工程之工作、父母離婚、與父親一起長大，無子女，現與告訴人已經分手之家庭狀況（原審卷第84至85頁，本院卷第88頁）及告訴人之意見（原審卷第45頁，本院卷第88頁）等一切情狀，量處如主文所示之刑。

㈢宣告緩刑：

1.被告前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有法院前案紀錄表可按，因一時失慮，致罹刑典，歷審坦承犯行，顯具悔意，其經此偵審程序及科刑教訓後，當知警惕，應無再犯之虞，其所宣告之刑以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款之規定，併予宣告緩刑2年，以啟自新。

2.審酌被告拍攝少年性影像之行為，足徵其認知觀念有所偏差，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，且被告為成年人，故意對兒童及少

年犯兒童及少年性剝削防制條例之罪而受緩刑宣告，應依兒童及少年福利與權益保障法第112條之1第1項規定，諭知緩刑期間併付保護管束。倘被告違反上開應行負擔之事項且情節重大，依刑法第75條之1第1項第4款規定，其緩刑宣告仍得由檢察官向法院聲請撤銷，併此指明。

3.法院於判斷是否屬「顯無必要」依兒童及少年福利與權益保障法第112條之1第2項規定命被告於付保護管束期間遵守該項各款事項時，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）。查被告與被害人業已分手，且被害人業已成年，經此案件，應無再對被害人拍攝少年性影像之可能，且斟酌本案被告犯行手段並未違反被害人意願，又被告無前科，素行良好，卷內亦無其他事證足以證明其先前有類似犯行，堪認被告本次所為僅係偶發性犯罪，且被告犯後坦承犯行，已成立調解，態度尚佳，頗具悔悟之心，經此偵審程序，再犯之可能性不高，是本院經綜合審酌上開情狀後，認本件顯無必要再依兒童及少年福利與權益保障法第112條之1第2項規定，命被告於付保護管束期間遵守該條項所列各款事項，以前開所宣告之刑罰附緩刑負擔為已足，併予敘明。

四、上訴駁回部分（沒收部分）：

㈠按刑法沒收新制將沒收重新定性為刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）。修正後刑法基於沒收具備獨立性，亦規定得由檢察官另聲請法院為單獨沒收之宣告，因而在訴訟程序，沒收得與罪刑區分，非從屬於主刑。又對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決；對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決，刑事訴訟法第455條之27第1項定有明文。本案被告係全部上訴，其效力應及於沒收部分，合先敘明。

㈡原判決就被告罪刑部分，雖有如前所述應撤銷之事由，然就

沒收部分，原判決已說明：

1.按拍攝、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，兒童及少年性剝削防制條例第36條第7項定有明文。查扣案之手機為被告所有，且係供其違反告訴人意願使告訴人被拍攝本案性影像所用之物，業據被告供陳無訛（原審卷第82頁），自應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第7項前段之規定，予以宣告沒收。

2.按兒童及少年性剝削防制條例第36條第1至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，兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項定有明文。查告訴人被拍攝之本案性影像，雖經被告刪除，然鑑於電子訊號得以輕易傳播、存檔於電子產品上，以現今科技技術，縱刪除後亦有方法可以還原，故基於法條規定及保護被害人立場，就前揭告訴人被拍攝之性影像，既乏證據證明已完全滅失，自仍應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項規定，予以宣告沒收之。

㈢原審上開沒收部分，經核於法並無任何違誤不當，此部分之上訴，即無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，刑法第74條第1項第1款，兒童及少年福利與權益保障法第112條之1第1項，判決如主文。

本案經檢察官陳美君提起公訴，檢察官蔡佩容到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　25　　日

刑事第五庭　審判長法　官　蔡川富

法　官　曾子珍

法　官　翁世容

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　張妤瑄

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　25　　日

附錄本判決論罪科刑法條全文

修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條

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。

招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造性影像、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，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。

以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造性影像、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，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

意圖營利犯前三項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。

前四項之未遂犯罰之。

第一項至第四項之附著物、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。但屬於被害人者，不在此限。