臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上更一字第6號

上　訴　人
即　被　告　廖修晨
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　康志遠律師（法律扶助）

上列上訴人因兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣嘉義地方法院113年度訴字第338號中華民國113年12月24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3670號），提起上訴，本院判決後，經最高法院發回更審，本院判決如下：

主　文

原判決關於罪刑部分撤銷。

廖修晨犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第1項之拍攝少年性影像未遂罪，處有期徒刑陸月。緩刑貳年，緩刑期間付保護管束，並禁止對兒童及少年實施拍攝性影像之行為。

其他上訴駁回（即原判決關於沒收部分）。

犯　罪　事　實

一、廖修晨係址設嘉義市之國民小學（地址與校名均詳卷，下稱甲校）外聘之羽球教練，而BM000-Z000000000（民國000年0月生，姓名詳卷，下稱A女）則為其指導之學員。廖修晨於113年1月3日16時起，在甲校活動中心指導羽球課，於課間休息時間之17時1分許，見A女獨自前往校內大樓之女廁（大樓名稱詳卷），明知A女為未滿18歲之少年，竟基於拍攝少年性影像之犯意，尾隨A女進入該女廁內，並自A女之隔壁廁間下方隔板處，持智慧型手機欲拍攝A女如廁時裸露身體及性器之性影像，嗣因A女發覺有異聲，並疑見有手機在對其拍攝，因而跑出該廁間，廖修晨方未拍攝得任何性影像而未能得逞。

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、按兒童及少年福利與權益保障法第69條第1項第4款、第2項規定，司法機關所製作必須公開之文書，除有其他法律特別規定之情形外，不得揭露足以識別刑事案件、少年保護事件之當事人或被害人之兒童及少年身分之資訊。查告訴人A女於案發時為未滿18歲之少年，有其年籍資料在卷可稽，是本判決關於A女、其父母之真實姓名、年籍資料及A女就讀學校等足以識別身分之資訊，均予以隱匿，合先敘明。

二、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據；又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合同法第159條之1至第159條之4之規定，但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條第1項及同法第159條之5分別定有明文。查本判決所引用具傳聞性質之各項證據資料，檢察官、被告廖修晨（下稱被告）、辯護人於本院準備程序及審理時均表示同意列為本案證據（見本院上更一卷第75頁至第78頁、第112頁至第115頁），且經本院於審判期日依法踐行調查證據程序，檢察官、被告、辯護人於本院言詞辯論終結前均未表示異議，本院審酌該等具有傳聞證據性質之證據，其取得過程並無瑕疵或任何不適當之情況，應無不宜作為證據之情事，認以之作為本案之證據，應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5之規定，自得作為證據。

三、上開犯罪事實，業據被告於警詢、偵查、原審及本院審理時均坦承不諱（見警卷第4頁至第7頁，偵卷第35頁、第37頁，原審訴268號卷第43頁至第46頁，原審訴338卷第31頁、第91頁，本院上更一卷第75頁、第110頁），核與證人即告訴人A女於警詢、偵查中之指訴（見警卷第12頁至第14頁，偵卷第

21頁、第22頁）及證人即告訴人之母即法定代理人B女（姓名詳卷）於警詢中之指述相符（見警卷第18頁），並有指認犯罪嫌疑人紀錄表（見警卷第21頁至第24頁）、甲校掃區分配圖（見警卷第25頁）、現場照片（見警卷第27頁至第30頁）、監視錄影影像截圖（見警卷第31頁至第36頁）、113年4月16日嘉義市政府警察局婦幼警察隊職務報告（見密封袋內第37頁）及現場暨被告手機之照片（見密封袋內第39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。

四、論罪科刑

㈠被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項於113年8月7日修正公布，於同年月0日生效。該條項於113年8月7日修正前係規定：「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1百萬元以下罰金。」，修正後則規定：「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，得併科新臺幣10萬元以上1百萬元以下罰金。」經比較新舊法之結果，修正後之條文除增列「無故重製」之行為態樣外，其法定刑度亦有所提高，並未較有利於被告，依刑法第2條第1項前段之規定，本件應適用被告行為時法即修正前之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定。

㈡由於兒童及少年性剝削防制條例就「性影像」之定義，未有明文規定，因此關於第36條性影像之認定，自應適用刑法之規定。而刑法第10條第8項所稱之性影像，包含同條項第2款「性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」之影像或電磁紀錄，並不侷限於特定對象的「行為（含性活動）」過程。是兒童及少年性剝削防制條例第36條關於兒少性影像之處罰規定，自不以兒少在性活動之過程中，受到不對等權力關係之壓榨而拍攝為前提。而從兒童及少年性剝削

防制條例保護兒少之性隱私與身心健全發展，防止性影像之兒少性剝削等規範目的觀察，並依妨害性隱私罪關於猥褻性（具性意涵）及合理隱私期待之要件，為合目的性之解釋，如偷拍兒少性器或身體隱私部位，客觀上足以造成羞恥，或引起性慾，依刑法第10條第8項第2款之規定，即應認係兒童及少年性剝削防制條例第36條之兒少性影像。

㈢兒童及少年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。從而，兒童及少年性剝削防制條例第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，此由兒童及少年性剝削防制條例第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，而屬兒童及少年性剝削防制條例禁止之兒少性剝削。再者，從法條字面意義解釋，兒童及少年性剝削防制條例第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。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，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，已經最高法院刑事大法庭作成114年度台上大字第1405號裁定

在案。

㈣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5項、第1項之拍攝少年性影像未遂罪。其偷拍行為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4項、第1項之成年人故意對少年犯未經同意無故攝錄其性影像未遂罪之要件，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，擇較重之修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第1項之拍攝少年性影像未遂罪論處。

㈤公訴意旨雖認被告前述所為，尚構成刑法第315條之1第1款無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開活動罪，然觀諸刑法第315條之1規定，該罪並無未遂犯之處罰規定，而本件被告雖已著手持本案手機欲拍攝A女性影像，然其並未得逞，業如前述，其行為自不構成刑法第315條之1第1款之罪，公訴意旨就此部分應有誤會（惟因如成立此罪，與被告前開成立之2罪名間為法規競合關係，無庸不另為無罪判決諭知）。

㈥再兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項固規定故意對兒童及少年犯罪者，加重其刑至2分之1，惟該條項但書復明文規定：「但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定」。被告前開所犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第1項之拍攝少年性影像未遂罪，既係針對被害人為兒童或少年所設之特別處罰規定，自無依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段加重其刑規定之適用，附此敘明。

㈦被告雖著手於拍攝少年性影像之犯行，惟因告訴人及時發現而離開廁間，被告未能遂其拍攝告訴人性影像之犯行，而止於未遂階段，爰依刑法第25條第2項之規定，按既遂罪減輕之。

五、撤銷改判部分（即原判決關於罪刑部分）：

㈠原判決認被告之犯行事證明確，予以論罪科刑，固非無見。

惟被告所為犯行，應係犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第1項之拍攝少年性影像未遂罪，原審認係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第3項之以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像未遂罪，尚有未當；又原判決諭知被告緩刑5年，卻未併依兒童及少年福利與權益保障法第112條之1第1項、第2項第1款之規定，諭知緩刑期間付保護管束，並遵守所列相關事項（詳下述），亦有違誤。被告上訴主張本件應係成立修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第1項之罪（見本院上更一卷第84頁、第119頁），為有理由，且原判決亦有上述關於緩刑諭知之違誤，自應由本院將原判決關於罪刑部分予以撤銷改判。

㈡爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為一己之私慾，竟以手機在廁間欲偷拍攝告訴人之性影像，侵害告訴人之隱私權，所為殊值非難；惟衡被告並無刑事犯罪之前科紀錄，有被告之前案紀錄表在卷可參（見本院上更一卷第37頁至第38頁），素行良好；被告犯後對於客觀事實始終坦承不諱，且與告訴人、B女及告訴人之父即其法定代理人（下稱C男，姓名詳卷）成立調解，並已履行調解條件，有調解筆錄在卷可稽（見原審訴268卷第37頁至第39頁），犯後態度尚佳；兼衡其自述之智識程度、家庭、工作、經濟、生活狀況、C男之意見（見原審訴268卷第45頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

㈢被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有上開前案紀錄表在卷可稽。其因一時失慮，致罹刑典，所為固屬不當，惟犯後已坦認犯行，並與告訴人之法定代理人調解成立，且已履行調解條件，堪認被告確有悔意，本院認其經此偵審程序及刑之宣告，應已知所警惕，信無再犯之虞，本院綜合上情，認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款規定予以宣告緩刑2年，以啟自新。又被告為成年人，故意對少年犯兒童及少年性剝削防制條例之罪而受緩刑之宣告，應併依兒童及少年福利與權益保障法第112條

之1第1項、第2項第1款之規定，諭知緩刑期間付保護管束，並禁止對兒童及少年實施拍攝性影像之行為。

六、上訴駁回部分（即原判決關於沒收部分）：

㈠原判決關於沒收部分已說明：

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。查被告持以欲拍攝A女之Iphone 13 pro手機（含SIM卡，門號：0000000000），係供其為本案犯行所用，業據被告供陳無訛（見警卷第4頁至第5頁），並有嘉義市政府警察局勘查採證同意書在卷可稽（見警卷第37頁），雖未扣案，然既非A女所有，仍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，不問屬於犯罪行為人與否，予以宣告沒收，並依刑法第38條第4項規定，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

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。查被告並未攝得告訴人之性影像，自無兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項規定之適用，爰不予宣告沒收。

㈡經核原判決關於沒收部分之認事用法俱無違誤，是本件關於沒收部分之上訴為無理由，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（僅引用程序法條），判決如主文。

本案經檢察官邱朝智提起公訴，檢察官吳維仁到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　26　　日

刑事第四庭　審判長法　官　何秀燕

法　官　洪榮家

法　官　吳育霖

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　黃玉秀

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　26　　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：

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。