

臺灣高等法院刑事判決

113年度上訴字第3544號

上訴人
即被告 張志強

選任辯護人 胡世光律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣桃園地方法院112年度訴字第1526號，中華民國113年5月7日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署112年度偵字第50493號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

張志強犯以違反本人意願之方法，使兒童被拍攝性影像罪，共貳罪，各處有期徒刑參年柒月。應執行有期徒刑肆年柒月。

扣案如附表所示之物沒收。

事 實

一、張志強與AE000-Z000000000A（真實姓名年籍詳卷，下稱B女）前係同居之男女朋友，AE000-Z000000000（民國000年00月生，真實姓名年籍詳卷，下稱A女）係B女之女兒，渠等先前同住在張志強位在桃園市○○區居所（地址詳卷），彼此間具有家庭暴力防治法第3條第2款所定之家庭成員關係。嗣張志強明知A女為未滿12歲之兒童，竟基於違反未成年人之意願使之被拍攝性影像之犯意，分別於112年8月間某日及112年8月31日晚間，在上開居所A女房間內，見A女裸身躺在床上睡覺，遂在A女不知情之情形下，分別持自己之手機偷拍A女裸露胸部、裸露臀部等客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部分之性影像。嗣經A女之姊姊AE000-Z000000000B（真實姓名年籍詳卷，下稱C女）查看張志強手機時，發現手機內有上開性影像（含數位照片及影片），遂告

01 知B女後報警處理，始查悉上情。

02 二、案經A女、B女訴由桃園市政府警察局平鎮分局報告臺灣桃
03 園地方檢察署檢察官偵查起訴。

04 理 由

05 一、證據能力：

06 (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
07 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
08 為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認
09 為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第159條之5第1項定有
10 明文。查本判決以下所引用被告以外之人於審判外之陳述，
11 業經檢察官、上訴人即被告張志強及其辯護人均表示同意作
12 為證據（見本院卷第126、171頁），本院審酌上開證據作成
13 時之情狀，並無違法或不當等情形，且與本案相關之待證事
14 實具有關聯性，認為以之作為本案之證據亦屬適當，爰依前
15 揭規定，認均應有證據能力。

16 (二)其餘資以認定被告犯罪事實之非供述證據，均查無違反法定
17 程序取得之情形，依刑事訴訟法第158條之4反面規定，亦具
18 證據能力。

19 二、得心證之理由：

20 上開事實，業據被告於警詢、偵查中、原審及本院審理中均
21 坦承不諱（112年度偵字第50493號卷，下稱偵字卷，第13至
22 15、91至93頁；原審112年度訴字第1256號卷，下稱原審
23 卷，第105至107、148至149頁、本院卷第124、175頁），核
24 與證人即告訴人A女、B女、證人C女於警詢時之證述（偵
25 字卷，第39至50頁）大致相符，並有桃園市政府警察局平鎮
26 分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、翻拍手機照片（偵字卷，
27 第51至55頁；112年度偵字第50493號保密卷，下稱保密卷，
28 第65至69頁）在卷可稽，並有前開手機扣案可佐，足認被告
29 所為上開任意性之自白核與事實相符，堪以採信。從而，被
30 告本件犯行事證已臻明確，均應予依法論科。

31 三、論罪：

01 (一)按家庭暴力防治法所稱家庭暴力，係指家庭成員間實施身
02 體、精神或經濟上之騷擾、控制、脅迫或其他不法侵害之行
03 為；所謂家庭暴力罪，係指家庭成員間故意實施家庭暴力行
04 為而成立其他法律所規定之犯罪，家庭暴力防治法第2條第1
05 款、第2款分別定有明文。查被告與A女之母（即B女）前
06 係同居之男女朋友關係，具有家庭暴力防治法第3條第2款所
07 定之家庭成員關係，被告對A女所為本案犯行，應屬家庭成
08 員間故意實施不法侵害之行為，該當家庭暴力防治法所稱之
09 家庭暴力罪，惟因家庭暴力防治法對於家庭暴力罪並無科處
10 刑罰之規定，本案自應依兒童及少年性剝削防制條例之罪刑
11 規定論罪科刑。

12 (二)新舊法比較：

13 被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定
14 於113年8月7日修正公布，立法者考量行為人無故重製兒童
15 或少年之性影像者，所造成之侵害程度不亞於拍攝、製造兒
16 童或少年性影像之行為，乃於該項增訂無故重製之行為亦為
17 本條項之犯罪行為，法定刑則未修正，故修正之法律並未有
18 利於被告，依刑法第2條第1項前段規定，本案應適用行為時
19 即修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定。

20 (三)按稱性影像者，謂內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：
21 一、第五項第一款或第二款之行為。二、性器或客觀上足以
22 引起性慾或羞恥之身體隱私部位。三、以身體或器物接觸前
23 款部位，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。四、其他與
24 性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。刑法第10條第
25 8項定有明文。兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定
26 之違反意願拍攝性交猥褻影像罪，其所指「違反本人意願之
27 方法」，係指該條所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠
28 術以外，其他一切違反被害人意願之方法而言，且不以類似
29 於所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術及催眠術等方法為必
30 要，祇要其所為具有壓制或妨礙被害人意思自由之作用，或
31 被害人意思決定過程，因行為人之行為而發生瑕疵者，即合

01 於「違反本人意願之方法」之要件。而為了保護兒童及少年
02 免於成為色情影像拍攝對象，以維護兒童及少年身心健全發
03 展之普世價值，參照具內國法效力之兒童權利公約第19條第
04 1項規定：「簽約國應採取一切適當之立法、行政、社會與
05 教育措施，保護兒童（該公約所稱『兒童』係指未滿18歲之
06 人）……不受到任何形式之身心暴力、傷害或虐待、疏忽或
07 疏失、不當對待或剝削，包括性虐待」，以及我國為了保護
08 兒童及少年身心健全發展，防制兒童及少年成為性交易或拍
09 攝色情影像之對象，特別制定現行兒童及少年性剝削防制條
10 例之立法目的，應由保護兒童及少年之角度，解釋本條項所
11 指「違反本人意願之方法」之意涵，即凡兒童及少年被人拍
12 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
13 架設錄影器材，使該兒童及少年處於不知被拍攝之狀態，以
14 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
15 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
16 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，
17 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
18 褻行為之影片，顯然具有妨礙兒童及少年意思決定之作用，
19 就其結果而言，無異壓抑兒童及少年之意願，而使其等形同
20 被迫而遭受偷拍性交或猥褻行為影片之結果，應認屬本條
21 「違反本人意願之方法」（最高法院110年度台上字第3486
22 號、111年度台上字第3725號及112年度台上字第1975號判決
23 意旨參照）。查，本案告訴人A女為兒童，被告於A女睡覺
24 之際，持手機拍攝、錄影A女裸露胸部、裸露臀部等客觀上
25 足以引起性慾或羞恥之身體隱私部分之性影像，足認A女處
26 於不知被拍攝之狀態，被告實已剝奪A女是否同意被拍攝性
27 影像之自由，依上開說明，被告所為具有妨礙意思決定之作
28 用，無異壓抑A女之意願，而使其形同被迫而遭受偷拍性影
29 像之結果，自屬修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第
30 3項所指「違反本人意願之方法」。綜上，被告之行為已該
31 當修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定之構

01 成要件無訛。

02 (四)核被告所為，均係犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36
03 條第3項之以違反本人意願之方法，使兒童被拍攝性影像
04 罪。「有下列行為之一者，處3年以下有期徒刑、拘役或30
05 萬元以下罰金：二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊
06 錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。」，
07 刑法第315條之1第2款定有明文。而刑法業於112年2月8日修
08 正公布施行（除第91條之1條文自112年7月1日施行外），本
09 次公布之刑法係增訂「妨害性隱私及不實性影像罪」專章及
10 第319條之1至第319條之6條文，並修正第10條及第91條之1
11 條文。其中就刑法第10條增訂第8項有關性影像之定義並增
12 訂違反之處罰條文為刑法第319條之1，該條第1項規定「未
13 經他人同意，無故以照相、錄影、電磁紀錄或其他科技方法
14 攝錄其性影像者，處3年以下有期徒刑」。參酌刑法319條之
15 1以下之妨害性隱私及不實影像罪章之立法理由，該等條文
16 旨在強化隱私法益之保障，維護個人生活私密領域最核心之
17 性隱私，是刑法第319條之1第1項規定相對於刑法第315條之
18 1第2款規定，屬隱私權保障層升之法規競合「特別關係」，
19 應優先適用刑法第319條之1第1項之罪，而排除刑法第315條
20 之1第2款之適用，又修正前兒童及少年性剝削防制條例第36
21 條第3項，係針對被害人為兒童及少年所為之特別規定，與
22 刑法第319條之1第1項亦屬法規競合之特別關係，依特別法
23 優於普通法之原則，應優先適用，從而，被告自無庸再論以
24 刑法第315條之1第2款或同法第319條之1第1項之罪，併予敘
25 明。

26 (五)被告上開2次犯行，犯意各別，行為互殊，應予分論併
27 罰。

28 (六)又修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之以違反
29 本人意願之方法，使兒童被拍攝性影像罪，係以被害人為兒
30 童所設之特別處罰規定，自無庸再依兒童及少年福利與權益
31 保障法第112條第1項前段規定加重其刑，附此敘明。

01 (七)按刑法第59條規定犯罪之情狀顯可憫恕者，得酌量減輕其
02 刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審
03 酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑
04 時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），
05 予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊
06 之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定
07 最低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷（最高法院95年
08 度台上字第6157號判決意旨參照）。又被告所犯修正前兒童
09 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
10 法，使兒童被拍攝性影像罪，其法定刑為「7年以上有期徒
11 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金」，不可謂不重，惟犯
12 該罪之人，其原因動機及與被害人之關係不一，犯罪情節未
13 必相同，其行為所造成之危害程度自屬有異，於此情形，倘
14 依其情狀處以適當之刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目
15 的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其
16 情狀是否有可憫恕之處，適用刑法第59條之規定酌量減輕其
17 刑，期使個案裁判之量刑能斟酌至當，符合比例原則。查，
18 被告以違反本人意願之方法，使告訴人A女被拍攝性影像，
19 然其攝錄過程並未使用暴力手段，其惡性及犯罪情節，顯與
20 暴力毆打、強逼拍攝性影像之手段尚有重大差異，雖A女向
21 本院表示其不願意原諒被告（見本院卷第176頁），然被告
22 犯後自始坦白認錯，復已成立和解，並已全數給付款項，此
23 有和解書、原審辦理刑事案件電話查詢紀錄表（偵字卷第95
24 頁、原審卷第29頁）在卷可參，倘依修正前兒童及少年性剝
25 削防制條例第36條第3項規定，科以最低法定刑，仍有情輕
26 法重之憾，堪認被告犯罪之情狀，顯可憫恕，爰依刑法第59
27 條之規定，就被告之犯行均酌量減輕其刑。

28 四、撤銷原判決之理由：

29 (一)被告上訴意旨略以：

- 30 1.依修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1至3項規定觀
31 之，依法條文義，上揭各罪係依行為人對被害人施加手段之

01 強弱，以及被害人自主意願之法益侵害高低程度之不同，而
02 予以罪責相稱之不同法定刑，一方面期使規範密度周全，達
03 到保障兒童及少年權益之立法目的，並符比例、罪刑相當原
04 則。故該條第1項規定：拍攝、製造兒童或少年為性交或猥
05 褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他
06 物品之罪，屬基本規定，即凡行為人於兒童或少年「知情同
07 意」而為拍攝、製造性交或猥褻行為之電子訊號等均屬之。
08 倘行為人以招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒
09 童或少年被拍攝、製造性交或猥褻行為者，則合於修正前兒
10 童及少年性剝削防制條例第36條第2項之規定。若行為人之
11 手段，係強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人
12 意願之方法者，則屬兒童及少年性剝削防制條例第36條第3
13 項之罪。至「違反本人意願之方法」，係指其所列舉之強
14 暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術以外，其他一切違反被害人
15 意願之方法而言，且不以類似於所列舉之強暴、脅迫、藥
16 劑、詐術及催眠術等方法為必要，祇要其所為具有壓制或妨
17 礙被害人意思自由之作用者，即合於「違反本人意願之方
18 法」之要件。最高法院110年度台上字第4573號判決提出之
19 見解，並說明參酌前述修正前兒童及少年性剝削防制條例第
20 1條、第2條第1項規定，可知引誘或以強暴、脅迫違反本人
21 意願之方法，使未滿18歲之人被拍攝、製造等加重處罰行
22 為，應係在兒童及少年「知情」而為猥褻或性交之情形所
23 為，俾符立法規範意旨。進言之，在如何適用修正前兒童及
24 少年性剝削防制條例第36條第3項之罪之構成要件上，上述
25 最高法院實務見解已提出為符該法規範之立法意旨，判斷違
26 反本人意願之方法，應係指行為人使未滿18歲之人被拍攝、
27 製造之加重處罰行為，係在兒童及少年「知情」而為猥褻或
28 性交之情形所為。

- 29 2. 細繹最高法院107年度台上字第1133號判決意旨內容之犯罪
30 事實，均係行為人明知被害人均為未滿18歲之少年，竟未徵
31 得其等同意，分別於宿舍內，逕以桌上型電腦連接視訊鏡頭

01 或鑰匙圈型針孔攝影機，偷拍竊錄行為人本人與被害人等人
02 之性愛過程，使被害人等人被拍攝性交行為影片，並將之儲
03 存在電腦主機硬碟等情，上開情節雖係被害人於完全不知情
04 之情況下而被拍攝性交行為之電子訊號，依此事實觀察，均
05 可見行為人有與被害人為「互動」之行為，而於該互動行為
06 中，欺瞞被害人，令被害人不知行為人有偷錄其與行為人性
07 行為之行為存在，因行為人有與被害人互動，因而彰顯出其
08 「使」被害人被拍攝之關係，與本案情節係被告乘A女睡著
09 不知情之情況下，拍攝A女猥褻影像，雙方並無任何互動行
10 為，兩者完全不同，得否直接援引為本案情節之適用，顯非
11 無疑。

12 3.再者，修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項既以
13 強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方
14 法等不同行為態樣，則依法條結構觀之，與同條第1項之區
15 別，應視行為人是否違反被害人意願為斷，亦若非在同條第
16 3項所指強暴、脅迫、藥劑、催眠術、詐術或其他違反本人
17 意願之方法下為之時，自應依同條第1項論罪科刑。上開
18 「其他違反本人意願之方法」雖係為至少與上開招募等行為
19 等同，否則動輒科以3年以上有期徒刑，顯然過於苛酷。又
20 本案被告係趁A女熟睡之際偷拍，顯然與上開招募等行為有
21 間。是以，本案應論處修正前兒童及少年性剝削防制條例第
22 36條第1項之罪。

23 4.原審量刑過重，請審酌被告前為A女母親B女之同居人，因
24 一時好奇，思慮不周，拍攝A女裸體睡覺之照片，並無其他
25 犯罪意圖，事後亦未曾散布上開照片，且被告於拍攝後早已
26 刪除照片，復於事後均坦承犯行，並積極與B女達成和解且
27 支付和解金完畢。被告素行甚佳，曾多次捐款慈善團體，足
28 見被告樂善好施，有回饋社會之心。又被告現年近七旬，因
29 發生此事後懊悔不已，且因年邁之故，患有攝護腺及腿部深
30 層靜脈栓塞等病症，並於113年5月21日使用多波光雷射行經
31 尿道攝護腺剷除手術，且於本案發生後因極度懊悔，致使其

01 恐慌及失眠，是被告身體狀況極差，已如風中殘燭，若入監
02 服刑，必定會老死在監獄當中，難收刑罰教化之效，請依刑
03 法第59條減輕其刑，從輕量刑並給予緩刑之宣告等語。

04 (二)本院認被告之行為應論以修正前兒童及少年性剝削防制條例
05 第36條第3項之以違反本人意願之方法，使兒童被拍攝性影
06 像罪，已如前述，被告上訴意旨認修正前兒童及少年性剝削
07 防制條例第36條第3項之罪，判斷違反本人意願之方法，應
08 係指行為人使未滿18歲之人被拍攝、製造之加重處罰行為，
09 係在兒童及少年「知情」而為猥褻或性交之情形所為，而本
10 案被告與被害人A女並無「互動」之行為，應論以修正前兒
11 童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪等語，係自行對
12 修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項加上法律所
13 無之限制，不足採信，其主張為無理由。

14 (三)原審因予論罪科刑，固非無見，惟修正前兒童及少年性剝削
15 防制條例第36條第3項之法定刑為7年以上有期徒刑，原審適
16 用刑法第59條之規定減輕其刑後，至少應就被告所犯2罪各
17 判處有期徒刑3年6月，然原審判決就被告所犯2罪均判處有
18 期徒刑3年5月，低於法定刑度，適用法律有所違誤，故被告
19 上訴主張本案應論以修正前兒童及少年性剝削防制條例第36
20 條第1項之罪及原審判決過重等語，均不足採，其上訴為無
21 理由，然原審判決既有前揭違誤，自應由本院撤銷改判。

22 五、量刑：

23 爰以行為人之責任為基礎，審酌被告僅為滿足一己私慾，以
24 違反本人意願之方法攝錄告訴人A女裸露之性影像，其為老
25 不尊，所為實值非難。惟考量被告近10年來並無犯罪科刑紀
26 錄，曾多次捐款慈善團體，素行尚可，其犯後自始坦承犯
27 行，並與告訴人B女成立和解，且全數給付款項，然被害人
28 A女向本院表示其不原諒被告等語，復兼衡被告犯罪之動機
29 係因一時好奇，及其高中畢業之智識程度，未婚，無須扶養
30 之對象，目前無業，生活靠存款及朋友接濟，其患有攝護腺
31 及腿部深層靜脈栓塞等病症，並有恐慌及失眠之情形等一切

01 情狀，就其所犯2罪均量處如主文第2項所示之刑。復基於罪
02 責相當原則，審酌被告係以相同手法犯相同之罪，行為時間
03 亦接近，此部分責任非難之重複程度相對較高，再考量各罪
04 之犯罪動機、目的、所生危害，兼衡所犯各罪所反映被告之
05 人格特性、刑事政策、犯罪預防等因素，而為整體非難評
06 價，就被告本案所犯各罪，定其應執行刑如主文第2項所
07 示。又被告不符合「2年以下有期徒刑」之緩刑要件，其請
08 求為緩刑之宣告，於法未合，附此敘明。

09 六、沒收：

10 (一)沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律，刑法
11 第2條第2項定有明文。兒童及少年性剝削條例第36條第1項
12 至第4項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪行為人與
13 否，沒收之；拍攝、製造、無故重製兒童或少年之性影像、
14 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
15 物品之工具或設備，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，兒
16 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
17 明文。

18 (二)經查，扣案如附表所示之智慧型手機（含SIM卡2張）1支，
19 係供被告持以攝錄告訴人A女性影像，為被告所有，且係被
20 告用以拍攝本案性影像之犯行所用之工具，業已認定如上，
21 是上開物品，自應依同條例第36條第7項前段，不問屬於犯
22 罪行為人與否，宣告沒收。另所拍攝之上開性影像（含數位
23 照片、影片）存於如附表所示之智慧型手機（含SIM卡2張）
24 上，不另重複沒收之。

25 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299
26 條第1項前段，判決如主文。

27 本案臺灣高等檢察署檢察官王盛輝到庭執行職務。

28 中 華 民 國 113 年 11 月 22 日

29 刑事第六庭審判長法官 鄭富城

30 法官 葉力旗

31 法官 郭峻豪

01 以上正本證明與原本無異。
02 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
03 未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書
04 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

05 書記官 蔡慧娟

06 中 華 民 國 113 年 11 月 22 日

07 附錄：本案論罪科刑法條全文

08 修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條

09 拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、
10 影帶、光碟、電子訊號或其他物品，處一年以上七年以下有期徒刑，
11 得併科新臺幣一百萬元以下罰金。

12 招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍
13 攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電
14 子訊號或其他物品，處三年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺
15 幣三百萬元以下罰金。

16 以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方
17 法，使兒童或少年被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、
18 影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品者，處七年以上有期徒
19 刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

20 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
21 之一。

22 前四項之未遂犯罰之。

23 第一項至第四項之物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。

24 附表：

物品名稱	數量
智慧型手機（門號：0000000000號；IMEI：000 000000000000號；含SIM卡2張）	1支