

01

# 最高法院刑事判決

02

113年度台上字第2621號

03

上訴人　臧品閎

04

選任辯護人　張宸浩律師

05

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國113年3月28日第二審判決（112年度上訴字第5639號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署112年度偵字第1317號），提起上訴，本院判決如下：

06

## 主文

07

上訴駁回。

08

## 理由

09

一、刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為法定要件，如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

10

二、本件原判決撤銷第一審關於罪刑部分之科刑判決，改判仍依想像競合犯，從一重論處上訴人臧品閎犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第4項、第3項之意圖營利以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像（相競合犯行為時之修正前同條例第38條第1項之販賣少年為性交之影片罪、行為時之兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第315條之2第3項及成年人故意對少年販賣竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪）罪刑；又維持第一審關於沒收部分之判決，駁回其此部分在第二審之上訴。已詳敘調查、取捨證據之結果及得心證之理由。

三、兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項至第5項所列之罪，依其文義及體系解釋，乃依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。故其第1項規定拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品（以下合稱「性影像」）之罪，屬基本規定，凡行為人於未滿18歲之人知情同意而為拍攝、製造性交或猥褻行為之性影像均屬之。倘行為人採行積極之手段，以招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，促成兒童或少年合意被拍攝、製造性交或猥褻行為之性影像者，則合致於第2項之規定。惟若行為人採行之手段，以達強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法而為之者，則屬該條第3項之罪，該罪之「違反本人意願之方法」，係指其所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術以外，其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方法為必要，祇要其所為具有壓制或妨礙被害人意思自由之作用，或被害人意思決定過程，因行為人之行為而發生瑕疪者，即合於「違反本人意願之方法」之要件。同條例第4項規定意圖營利犯前3項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至2分之1；第5項則是前4項之未遂犯亦處罰之規定。又為了保護兒童及少年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展之普世價值，契合具內國法效力之兒童權利公約第19條第1項規定：「簽約國應採取一切適當之立法、行政、社會與教育措施，保護兒童（該公約所稱『兒童』係指未滿18歲之人）……不受到任何形式之身心暴力、傷害或虐待、疏忽或疏失、不當對待或剝削，包括性虐待」之旨，及符合我國為了保護兒童及少年身心健全發展，防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，

特別制定現行兒童及少年性剝削防制條例之規範本旨，暨民國112年2月10日生效施行之修正刑法增訂「妨害性隱私及不實影像罪」專章加以處罰之立法目的，解釋本條項所指「違反本人意願之方法」之意涵，亦即性隱私屬於個人生活最核心之私密領域，對於向何人、於何時、何地、以何種方式揭露、揭露內容是否要被短暫或永久留存，都是個人的性自主決定權，以維護個人生活私密領域最核心之性隱私。雖合意性交或同意裸聊，仍具有合理隱私期待，其同意之範圍，並未及於同意他方私自將性隱私以錄影或擷圖方式加以留存。從而兒童及少年被人拍攝性交或猥褻行為之性影像時，處於不知被拍攝之狀態，致使無法對於被拍攝行為表達反對之意思，實已剝奪兒童及少年是否同意被拍攝性交或猥褻行為影像之選擇自由。再從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，以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性影像，顯然具有妨礙兒童及少年意思決定之作用，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性影像之結果，自屬本條項「違反本人意願之方法」。

四、原判決已詳為說明係依憑上訴人坦承有持用手機開啟錄影功能，竊錄拍攝其與未滿18歲之少年即被害人A女（代號AW000-S111090010，93年12月生，姓名資料詳卷）為性交行為過程之性影像（下稱本案性影像），供上網販售共獲取不法所得新臺幣（下同）3萬元等情之不利己供述，核與證人即被害人A女之證述情節相符，佐以卷附本案性影像光碟暨截圖畫面、PORNHUB網站截圖畫面、FANSONE網站截圖畫面、上訴人INSTAGRAM個人帳號頁面截圖畫面、INSTAGRAM申登人資料、通聯調查查詢單、上訴人與A女之LINE對話紀錄，扣案上訴人所有iPhone 11手機1支暨搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣案物品照片等證據資料，而認定上訴人在與A女為性交行為之過程中，未經告知並徵得同意，在A女毫無所悉，亦無從表達反對意思之情況下，私自持用手機開啟錄影

功能，竊錄拍攝與A女為性交行為之本案性影像供上網販售牟利，所為成年人對少年為線上性剝削行為，已該當兒童及少年性剝削防制條例第36條第4項、第3項之意圖營利以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪，而非僅成立同條第2項或第1項之較輕罪名等旨。並敘明上訴人於網路認識A女，看過A女上傳身穿就讀甲高職（學校名稱詳卷）制服的在校學生照片、限時動態等，且在上訴人上傳本案性影像之FANSONE網站頁面說明欄記載A女為「甲高職妹」，其主觀上當已預見A女年齡尚未滿18歲之不確定故意之論據。復載敘上訴人以上開違反本人意願之方法使A女被竊錄拍攝本案性影像時，主觀上何以已存有藉以上網販售營利為線上性剝削之不法意圖。另就上訴人否認犯罪之所辯，如何與相關事證不符而不足採信，卷內其他有利上訴人之證據等，如何皆不能採納作為有利上訴人之證明各等旨，亦於理由內予以說明、指駁甚詳。所為論斷，均有卷存事證足憑，乃原審本諸事實審職權之行使，對調查所得之證據而為價值判斷，據以認定上訴人之犯行，並無認定事實未憑證據之情形。又原判決併引之上開卷證，足以擔保上訴人之不利己供述及證人A女證述事實之憑信性，並非僅憑單一之供述或證述，即為不利上訴人之認定，核無上訴意旨所指摘證據調查職責未盡、適用補強、經驗、論理等證據法則不當或判決理由欠備、矛盾等違誤，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任意指摘為違法。

五、除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。因為刑法第16條所明定，然究有無該條所定合於得免除其刑或減輕其刑之情形，係以行為人欠缺違法性之認識為前提，且自信在客觀上有正當理由，依一般觀念，通常人不免有此誤認而信為正當，亦即欠缺違法性認識「已達於不可避免之程度」，始足當之，如所欠缺未達於此程度，須其可非難性低於通常，方得減輕其刑。又行為人為恪守合法之要求，自應與時俱進，於行為前

審查己身既有關於法秩序之信念，適時修正使之與法秩序客觀標準相契合，否則自應因其疏於審查行為違法性負責。故對行為人關於違法性認識錯誤有正當理由而無可避免之抗辯，自應依一般正常理性之人所具備之知識能力，判斷其是否已依符合客觀上合理期待之時機、方式等，善盡其探查違法與否之義務。稽之卷內資料，上訴人行為時已年滿22歲並就讀大學中，依其行為時之智識程度，為受有相當學識教育及熟稔網路活動之成年人，與A女之年齡差距僅約5歲，對於偷拍少年性影像上網犯售牟利有違法疑慮，當有所認知，難謂不知所為已觸犯刑罰法令，尚無從認其具有正當理由，且於現今網際網路發展迅速，本案性影像經拍攝流傳至網路上，其散播與留存於網路，對被拍攝A女造成貶抑與性屈辱，惡性及損害重大，核其所為與保護少年免於成為色情影片拍攝對象，維護少年身心健全發展之普世價值相違，衡情並無刑法第16條前段所定「有正當理由而無法避免」之消極之不認識自己行為為法律所不許，或積極之誤認自己行為為法律所許之「不知法律」而得免除其刑之情形，依其情節亦無可非難性低於通常而得減輕其刑之情事。上訴意旨並未依據卷內資料具體指摘原判決究有如何違背法令之情形，空言泛稱原判決未依刑法第16條規定減免其刑不當，而據以指摘有判決不適用法則之違法等語，亦非適法之第三審上訴理由。

六、綜合前旨及其餘上訴意旨枝節指摘，均係置原判決之論敘於不顧，徒謂：原審未詳予調查釐清伊是否違反A女意願拍攝本案性影像，亦未詳查究明伊主觀上是否知悉A女未成年，遽採A女之片面不利指證，欠缺補強證據，又不採信伊之辯解，即為不利認定，且未以伊年輕不明瞭法律而適用違法性錯誤減免其刑，均屬違法等語。經核均係就原判決已說明事項，持憑己意而為相異評價，重為爭執，或對於原審法院取捨證據與自由判斷證據證明力之職權適法行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，或就不影響判決結果之枝節事項，漫

為事實上爭辯，並非依據卷內資料執為指摘之合法上訴理由，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。應認關於兒童及少年性剝削防制條例第36條第4項、第3項之意圖營利以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪及相競合犯行為時之兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第315條之2第3項之成年人故意對少年販賣竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪部分之上訴，為不合法上之程式，予以駁回。至上訴人想像競合犯行為時之修正前上開條例第38條第1項之販賣少年為性交之影片罪部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定不得上訴於第三審法院之案件，且無同項但書規定之情形，其對於前揭想像競合重罪部分之上訴既不合法而應予駁回，則對於上述不得上訴第三審法院之輕罪部分，即無從適用審判不可分原則一併加以審究，亦應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中華民國 113 年 7 月 31 日  
刑事第八庭審判長法官 謝靜恒  
法官 莊松泉  
法官 周盈文  
法官 劉方慈  
法官 梁宏哲

本件正本證明與原本無異

書記官 張齡方  
中華民國 113 年 8 月 2 日