臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

112年度原侵上訴字第2號

上　訴　人　臺灣花蓮地方檢察署檢察官
被　　告　吳梵天

選任辯護人　萬鴻均律師(法扶律師)

上列上訴人因被告妨害性自主等案件，不服臺灣花蓮地方法院110年度原侵訴字第25號中華民國111年12月8日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署110年度偵字第3191號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決關於無罪部分撤銷。

二、吳梵天犯對於未滿十四歲之男子為性交罪，處有期徒刑壹年拾月。扣案之檔名「34-V_20170613_104050(F丙○○)」之電子訊號沒收。

犯罪事實

一、吳梵天明知代號BS000-Z000000000F(民國00年0月生，真實姓名年籍住居所詳卷，下稱甲男)為未滿14歲之男子，竟基於對未滿14歲之男子為性交及拍攝少年為性交行為之電子訊號之犯意，於106年6月13日上午10時許，在其位於花蓮縣○○市花蓮○○○○租屋處內，以其未戴保險套之陰莖插入甲男肛門內抽動之方式，對甲男為性交1次，並持另案扣押之行動電話(業經本院110年度原侵上訴字第5號判決宣告沒收)拍攝其對甲男為性交行為過程之檔名「34-V_20170613_104050(F丙○○)」電子訊號(下稱系爭影片)。嗣因吳梵天另案經警搜索，查扣其持有上開電子訊號，經吳梵天主動供出甲男身分後，自首而查悉上情。

理　由

壹、程序事項：

一、按行政機關及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，兒童及少年福利與權益保障法第69條第1項第4款、第2項定有明文。查甲男於案發時係未滿18歲之少年，有其個人戶籍資料、偵辦吳○○涉犯兒少性剝削防制條例案被害人代號與真實姓名對照表在卷可稽(見警卷第35、37頁)，依前揭規定，自應遮隱其姓名及其他足以識別身分之資訊；至被告吳梵天與甲男並非至親，若揭露被告個人資訊，應無可推知甲男之真實身分，是被告之姓名等資訊，尚無隱匿或遮掩之必要。

二、本院審理範圍：

本案被告因妨害性自主等案件，經檢察官提起公訴，原審認定被告對代號BS000-Z000000000G(00年0月生，真實姓名年籍詳卷，下稱乙男)犯以違反本人意願之方式使少年被拍攝猥褻行為電子訊號罪，另就被告被訴對甲男涉犯刑法第227條第1項對於未滿14歲之男子為性交、修正前兒童及少年性剝削防制條例(下稱兒少性剝削條例)第36條第1項之拍攝少年為性交行為之電子訊號罪嫌部分，並無補強證據佐證被告之自白，而諭知無罪。檢察官不服原審所為無罪判決，提起上訴(見本院卷第73、123頁)，被告並未就有罪部分提起上訴，是本院審理範圍僅限於原審判決無罪部分。

三、證據能力部分：

(一)本案檢察官、被告及其辯護人，就本案以下援引之被告以外之人於審判外之陳述，於本院行準備程序時均同意有證據能力(見本院卷第75頁)，復於本院審理時逐項提示、調查後，均未於言詞辯論終結前聲明異議(見本院卷第125至130頁)，本院審酌該等供述證據作成時之外在情況及條件，核無違法取證或其他瑕疵，亦無證明力明顯過低之情形，認為以之作為證據為適當，且被告及其辯護人亦放棄對該等供述證據之證人之對質詰問權(見本院卷第75頁)，而該等供述證據復經本院於審理期日依法提示調查、辯論，業

已合法踐行此部分之調查證據程序，是該等供述證據，均得作為證據。

(二)再本案判決所援引之非供述證據，均與本案犯罪事實具有關聯性，且無證據證明係公務員違背法定程序或經偽造、變造而取得，檢察官、被告及其辯護人復未爭執其證據能力，再經本院於審理期日依法提示調查、辯論，合法踐行此部分之調查證據程序，是上述非供述證據，依刑事訴訟法(下稱刑訴法)第158條之4規定反面解釋意旨，亦均得作為證據。

(三)另被告就本案犯罪事實所為自白，經核並無刑訴法第156條第1項出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正方法之情事，依刑訴法第156條第1項之規定，亦有證據能力。

貳、實體事項：

一、上揭犯罪事實，迭據被告於偵訊、原審行準備程序及審理、本院行準備程序及審理時自白在卷(見他卷第5、6、45、46頁，原審卷第41、69至71、73、145、199頁，本院卷第75、128頁)，並有下列輔助事實及補強證據可擔保其自白之信用性：

(一)被告自白(含性交及拍攝性交行為過程之被害人身分及年齡)，前後供述一致，亦無變遷，並無瑕疵可指；且於偵訊之初就其與甲男如何及何時認識(甲男於000年間逃家時在○○公園認識、甲男斯時為○○國小生及準備就讀○○○○)、與甲男之互動(甲男2次逃家前來其在○○○○○之工作場所)、何時及何地為性交及拍攝電子訊號等節，鉅細靡遺詳述(見他卷第5、6頁)，若非親歷現場，顯難憑空杜撰，可徵其陳述具有自然、合理性、具體明確逼真性；又其上開所為均屬不利於己之供述，使自身陷於刑事重度罪刑之高度風險，可見其無刻意虛偽捏造之動機，又查無被告隱匿頂替真正犯人之情。是此等輔助事實自可擔保被告自白內容非虛。

(二)系爭影片固呈現1名男子趴臥在床上，露出側邊面容，然若熟識之人一見該影片，尚非完全不可辨識該男子為何人，參以前述被告與甲男互動之情，可見被告與甲男具有相當熟識程度，復衡以被告係性交行為加害人及拍攝系爭影片掌鏡者，當可辨識、知悉系爭影片中性交行為被害人及被拍攝者為何人；又被告於偵訊時供稱：「(問：甲男的影片你如何確認對方是甲男？)警察有播放給我看，有拍攝到臉部和全身，所以我可以判斷他是甲男」等語(見他卷第46頁)，復於原審勘驗系爭影片後，即指影片中男子為甲男(見原審卷第73頁)，態度果決甚堅，毫無遲疑，是基於被告與甲男之既知性及被告辨識確認條件良好，加以系爭影片長達26秒，並非短暫如驚鴻一瞥，應認被告辨識不致有誤，可認被害男子應係甲男無疑；再系爭影片係被告所拍攝而「想要自己欣賞」(見他卷第46頁)，被告所填製系爭影片檔名已載明「拍攝時間(2017年6月13日)」、「拍攝人物(甲男)」，核與被告所供述甲男姓名、與甲男性交及拍攝日期等節相符。是被告自白與系爭影片具有整合性，自可作為補強證據。

(三)員警循被告之自白，調閱甲男個人戶籍資料(見警卷第37頁)，除確有甲男該人外，有關甲男姓名(丙○○)、年齡(00年0月生，與被告於105年間認識時為國小○○○準備就讀○○○○○，於案發時即106年6月13日為○○○○○)，均相吻合(見他卷第5、6、46頁，原審卷第70、71頁)，與被告自白具有整合性，自可擔保被告自白之信用性。

(四)綜上所述，被告自白有上開輔助事實及補強證據可資擔保其信用性，復可排除被告誤認甲男之風險(查有關員警查扣被告所持有各項編號影片檔案，經本院110年度原侵上訴字第5號判決逐一認定各該編號影片檔案之被害人，是本案被告當無混淆、誤認系爭影片中之男子為甲男之虞)，辯護人辯稱本案並無補強證據佐認被害人為甲男等語(見本院卷第130頁)，尚非可採，被告犯行可堪認定，應依法論科。

二、論罪科刑：

(一)被告行為後，兒少性剝削條例第36條第1項規定歷經106年11月29日修正公布(於107年7月1日施行)、於112年2月15日修正公布(於同年月17日施行)，106年11月29日修正前規定「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，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以下罰金。」，106年11月29日修正後之規定則將刑度提高為「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」，112年2月15日修正後之規定，將犯罪行為客體修正為「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」，參酌本次修法理由為「衡量現今各類性影像產製之物品種類眾多，現行第3款所定兒童或少年為性交或猥褻行為之照片、影片、影帶、光碟、電子訊號，皆已為刑法修正條文第10條第8項性影像所涵蓋，為與刑法性影像定義一致，爰參酌刑法修正條文第10條第8項規定，將第3款之照片、影片、影帶、光碟、電子訊號修正為性影像，以避免臚列之種類掛一漏萬」，是112年2月15日修正並未涉及犯罪構成要件擴張、限縮，又法定刑部分則與106年11月29日修正時相同，經比較新舊法結果，106年11月29日修正後之規定非有利行為人，自應依刑法第2條第1項前段規定，適用106年11月29日修正前之兒少性剝削條例第36條第1項規定。

(二)核被告所為，係犯刑法第227條第1項之對於未滿14歲之男子為性交罪、修正前兒少性剝削條例第36條第1項拍攝少年為性交行為電子訊號罪。又被告於對甲男為性交行為過程中，同時以行動電話拍攝其對甲男之性交行為，所犯上開2罪在著手實行階段可認為同一重合，顯係以一行為侵害數法益而觸犯數個罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條規定，從一重論以對於未滿14歲之男子為性交罪處斷。

(三)系爭影片雖係被告於另案違反兒少性剝削條例案件(業經本

院110年度原侵上訴字第5號判決判處罪刑確定)中遭查扣，然該影片尚未能清楚顯示被害人身分，而係由被告主動供出甲男身分後，有偵查權限之檢警始進而查悉本案，有被告之偵訊筆錄、花蓮地檢署檢察官109年7月8日簽呈、109年7月20日花檢秀平109他1027字第1099014003號花蓮地檢署檢察官案件發交調查指揮書在卷(見他字卷第3、6至7、25頁)在卷可憑，且被告事後並未逃避偵審之司法程序，堪認被告符合自首之要件，爰依刑法第62條前段規定，減輕其刑。

三、撤銷改判之理由及量刑、沒收：

(一)原審未細繹勾稽、相互印證上揭事證，而僅以無從透過甲男證述以釐清系爭影片中男子是否為甲男，亦無法透過系爭影片確認影片中男子之身分及年齡是否為甲男，檢察官復未提出其他積極證據證明被告確有此部分犯行等為由，諭知被告無罪，容有未洽。上訴意旨以本案確有上述補強證據，足以證明被告有上開犯行，指摘原判決不當，為有理由，是原判決關於此部分無可維持，應由本院撤銷予以改判。

(二)爰以行為人之責任為基礎，審酌：

1、被告為滿足性慾而為性交、為供己欣賞而拍攝系爭影片之犯罪動機及目的；

2、被告未違反甲男意願而以未戴保險套之陰莖插入甲男肛門內抽動之性交方式、未違反甲男意願而拍攝上開性交行為過程之系爭影片(秒數26秒)等手段；

3、自甲男國小時即相識，且甲男曾2度逃家時前來找被告等與被害人之關係；

4、侵害少年甲男之身心健康及人格健全發展等犯罪後所生危害；

5、於本案犯行前並無犯罪處刑紀錄，然於本案犯行後有與多名未滿16歲少年為性交及違反兒少性剝削條例第36條第1項規定等犯行(見本院卷附臺灣高等法院被告前案紀錄表)等

素行品行；

6、被告自陳大學肄業(見原審卷第201頁)之教育智識程度；

7、被告始終坦承犯行，並願賠償甲男所受損害(見原審卷第41頁)等犯罪後態度良好；

8、被告自陳入監前從事網咖店員，月收入約新臺幣2萬3,000元、未婚、無子女、有一00歲之父親現由後母照顧中、其生母中風領有社會補助(見原審卷第201頁)等家庭經濟生活狀況；

本院審酌上開各情、檢察官、被告及其辯護人之意見(見本院卷第130頁)，暨衡酌「罪刑相當原則」等一切情狀，量處被告如主文欄第二項所示之刑。

(三)沒收：

1、按兒少性剝削條例第36條第1項至第4項之物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，同條第6項定有明文。對照刑法針對散布猥褻物品罪之沒收規定(第235條第3項)之對象包括「文字、圖畫、聲音或影像之附著物」及「物品」一節觀之，得認兒少性剝削條例第36條第6項所稱「物品」應係指同條1至4項規範性交或猥褻行為之物品本身(即圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品)，而不及於「附著物」，亦即本案中義務沒收之標的應僅為電子訊號，而非該電子訊號所存在之載具即行動電話本身。查被告以其所有之行動電話拍攝系爭影片，自屬兒少性剝削條例第36條第6項所規範應予沒收之物品，不問屬於犯人與否，應依該項規定宣告沒收。

2、又被告持以拍攝系爭影片之行動電話，業經扣案，且為被告所有並供本案犯罪所用之物，本應依刑法第38條第2項規定諭知沒收，然因該行動電話已於另案宣告沒收，有本院110年度原侵上訴字第5號判決、花蓮縣警察局新城分局111年10月28日新警刑字第1110019549號函附花蓮地檢署扣押物品清單、原審調取扣押物條在卷可參(見原審卷第181至185、223至240頁)，是本案爰不重複宣告沒收。

3、至卷附系爭影片之紙本列印資料，僅係員警為調查本案，於偵查中重製、列印輸出供作附卷留存之證據使用，乃偵查中所衍生之物，非屬依法應予沒收之物，均毋庸宣告沒收。

據上論斷，應依刑訴法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，修正前兒少性剝削條例第36條第1項、第6項，刑法第11條前段、第2條第1項前段、第55條前段、第227條第1項，判決如主文。

本案經檢察官陳宗賢偵查起訴，檢察官曹智恒提起上訴，檢察官崔紀鎮到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　7　　月　　31　　日

刑事第一庭審判長法　官　林信旭

法　官　張健河

法　官　顏維助

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，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後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」。

告訴人或被害人如對於本判決不服者，應具備理由請求檢察官上訴，其上訴期間之計算係以檢察官收受判決正本之日期為準。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　7　　月　　31　　日

書記官　秦巧穎

附錄本案論罪科刑法條全文：

中華民國刑法第227條

對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。

對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。

對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑。

對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下

有期徒刑。
第一項、第三項之未遂犯罰之。
104年2月4日修正公布施行之兒童及少年性剝削防制條例第36條
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，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以下罰金。
招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、製造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，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。
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、製造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者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。
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。
第一項至第四項之物品，不問屬於犯人與否，沒收之。