臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度侵上更一字第1號

上　訴　人
即　被　告　PHILIPPI SAMUEL RAYMOND(中文名:費紹睿)
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　蔡聰明律師
　　胡忠文律師
輔　佐　人　施巧雯
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

上列上訴人因妨害性自主等案件，不服臺灣彰化地方法院113年度侵訴字第5號中華民國113年4月30日第一審判決(起訴案號：臺灣彰化地方檢察署112年度偵字第12839、17877號)，提起上訴，經最高法院發回更審，本院判決如下：

主　文

原判決關於對未滿14歲之女子及對被害人為照相犯強制猥褻罪部分撤銷。

費紹睿(A000000000000000000000003)對未滿14歲之女子犯強制猥褻罪，處有期徒刑參年陸月，扣案如附表編號1所示之物沒收。

犯罪事實

一、費紹睿(A000000000000000000000003)自民國110年起，擔任呂○○(代號為BJ000-A112126，106年4月間生，為未滿7歲之兒童，真實姓名及年籍詳卷，下稱A童)之英文一對一家教老師，明知A童為未滿7歲之兒童，對於性事懵懂無知，並無同意與其為猥褻行為之意思能力，竟基於對未滿14歲之女子犯強制猥褻罪之犯意，於112年6月22日14時30分許起至15時30分許間某時，在A童位在彰化縣彰化市之住處客廳上課時，徒手觸摸A童陰部；又基於拍攝兒童性影像之犯意，於同日1

5時9分11秒許、15時9分13秒許，以其所有如附表編號1所示之行動電話，接續拍攝如附表編號2所示A童穿著內褲之性影像(檔案名稱：IMG_4837.HEIC、IMG_4838.HRIC，儲存在附表編號1之行動電話記憶體)。嗣因費紹睿上課完畢，與配偶Ａ０５於同日18時45分許離去A童住處後，A童向其母親張○○(代號BJ000-A112126A，真實姓名及年籍詳卷，下稱C女)告知此事，C女始悉上情。

二、案經C女訴由彰化縣警察局彰化分局報告臺灣彰化地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、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項及第159條之5分別定有明文。本案以下由檢察官所提出而採為判決基礎之證據，其性質屬被告以外之人於審判外之陳述而屬傳聞證據者，檢察官、上訴人即被告費紹睿(A000000000000000000003，下稱被告)、辯護人於本院準備程序及審判程序時，均表示沒有意見，檢察官並同意作為證據(見本院更一卷第117、274至275頁)，且均未於言詞辯論終結前聲明異議，本院審酌上開傳聞證據作成時之情況，核無違法取證及證明力明顯過低之瑕疵，為證明犯罪事實所必要，亦認為以之作為證據為適當，得逕依同法第159條之5規定作為證據。又傳聞法則乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述而為之規範。本判決以下引用之非供述證據，無刑事訴訟法第159條第1項規定傳聞法則之適用，經本院於審判時依法踐行調查證據程序，與本案待證事實具有自然之關聯性，且無證據證明係公務員違

法所取得，依法自得作為證據。

二、訊據被告固坦承為A童之家庭教師，於112年6月22日14時30分許起至15時30分許，在A童之住處客廳內為A童上課，且其所有之行動電話內有A童穿內褲影像之事實，然否認有何強制猥褻A童等犯行，辯稱：我沒有用手摸A童的生殖器，我跟A童當時正在玩耍，我要從A童手中拿回我的手機時，意外用手機拍到A童穿內褲的照片，而且我記得我有刪除，但不知道為什麼後來沒有刪除等語。辯護人則為被告辯護稱：被告行為當時所拍攝之客體僅為留存於行動電話中A童身著內褲之電子訊號，並非兒童及少年性剝削防制條例所規定之圖畫、語音或其他物品，且A童穿著內褲，並未露出性隱私部位或有挑逗畫面，在客觀上並不足以激發或刺激性慾，應非該條例所認定之「性影像」，被告自不該當於該條例第36條之構成要件，縱認被告確有拍攝A童內褲之事實，是否符合刑法第315條之1妨害秘密之規定，亦有討論餘地。又C女與A童先後所供有重大歧異，C女堅稱112年6月22日是最後一次上課為無憑指控，且鑑識報告採樣鑑驗A童之衣裙等物，並沒有被告之指紋或DNA，A童之身體經醫院檢傷結果亦無明顯外傷，顯無客觀證據可補強A童確有遭受被告用手觸摸陰道及臀部，被告自無刑法第224條、第224條之1之強制猥褻行為等語。經查：

(一)被告為A童之家庭教師，於112年6月22日14時30分許起至15時30分許，在A童之住處客廳內，為A童進行一對一之英文課程部分，為被告所不爭執，且經證人A童、C女於檢察官偵訊及原審審判時證述在卷，並有告訴人C女住處之監視影像照片在卷可稽，此部分事實，先堪認定。

(二)被告於112年6月22日14時30分許起至15時30分許，徒手觸摸A童陰部一節，業據⑴證人A童於112年6月26日檢察官偵訊時證稱：「(端午節那天)老師拿手機給我玩，…我玩手機的時候，老師讓我坐在他腿上(背對著被告)，…老師摸我前面的屁股，我那天是穿裙子，老師有把我的裙子掀開，手有伸進

來摸，我有跟他說不要再摸了，但他不停，他說他停不了…那時我感覺身體痛痛的，他一直往下再往上，一直重複，時間多久我不知道，那時候只有我和老師而已，在家裡的客廳，沒有人聽到我們的聲音。...(你都怎麼跟媽媽說尿尿的地方？)前面的屁屁。...(老師摸完我之後)他叫我不要跟爸爸媽媽講，他用英文講『Don‘t tell anyone』」等語(見他卷第41、43頁)；於原審審判時證稱：「(妳最後一次上被告的課是否去年端午節的時候？)是。...(妳最後一次上完被告的課是否有跟媽媽講說老師有摸妳？)有，被告一走我馬上就跟媽媽講了。(媽媽問妳發生何事，妳有跟媽媽講被告對妳做什麼，妳還有演給媽媽看？)我有給媽媽看。(妳有講到說妳前面的屁屁會痛？)有一點。(那時候媽媽有看妳前面的屁屁嗎？)有。...(當被告摸妳尿尿地方的時候，妳有無跟被告說不舒服或表示拒絕？)有，這是真實的」等語(見原審卷第222至223、225頁)。核與⑵證人C女於檢察官偵訊時證稱：「送走被告後，門才剛關上，...A童就跑過來跟我說被告摸她屁屁，她說她屁屁有點痛，她所謂的屁屁是指尿尿的地方，我當下愣了一下，我就問A童妳是認真的嗎，不是開玩笑嗎，她說沒有，媽咪我是認真的，我說趁被告還沒離開，我把他叫回來問他好不好，A童就點頭，但我沒有去叫被告回來，因為我心裡知道大概有這回事，因為A童開玩笑或說謊不是這樣的反應。...我先問A童是摸內褲裡面還是外面，A童說是內褲裡面，A童還有做拉開內褲的動作，說被告就是這樣手進去的，我就把A童內褲脫下來看，我問A童他摸的地方在哪裡，她有指尿尿的地方，就是陰道，我當時看到陰道周圍的皮膚是紅的。...我已經跟A童確認至少3次，A童還把我拉去客廳的沙發，她讓我坐在沙發上，她背向我坐在我的雙腿上，演示被告怎麼摸她的過程，被告有拿手機給她看，她在看手機的過程，被告就把她的內褲拉開，用手伸進去摸她，她的動作是用手在陰道口上下摸，她說被告有弄痛她，她有叫被告停止，但被告當下沒有停止，過一下才停，

被告叫她不要告訴媽媽，不要告訴任何人，她有答應被告，但我平常有跟她講身體不可以給任何人看，也不可以給別人摸，如果有的話要跟我講，所以A童才會跟我講。(A童在講上面的過程時)有一點不好意思...，但沒有到很生氣的地步，可能她只知道不可以，但為什麼不可以她不知道。...她有說她陰道口會痛，所以我才脫下她的內褲看，我有看到陰道口周圍的皮膚是紅的...(是在)陰道周圍」等語(見他卷第36至37頁)；於原審審判時證稱：「被告離開之後，A童跑來跟我說(她被被告脫褲子的事情)。...因為我有跟她們說過，常常提醒她們身體不可以給別人碰到，爸爸媽媽在家裡以外，其他人都不可以。我有請A童示範她到底怎麼被摸的給我看。我跟A童再三確認，就是不是在玩耍的時候不小心碰到，因為被告剛離開，她就跑來跟我講，我當下愣住，覺得她講的是真的，不敢相信，我說我檢查我看看，我看到她的小屁屁周邊是紅的，問她疼不疼，她說有一點疼。...被告最後一次幫A童上課離開之後，A童就跟我說被告摸她，我說是不是在玩的時候碰到，但她說不是這樣，她說手有這樣伸進去，就是內褲拉開手伸進去。A童有說那裡痛痛的。我有看，當時周圍是紅的，不是血，是皮膚的紅腫的那種紅，在陰部周圍都是紅紅的。...(A童當時有哭泣或是表情是不好意思難為情的那種？)她不好意思，很難為情，她臉有一點紅跟尷尬的情形，當我跟她再三確認，我說把被告叫回來跟妳確認，她說不好」等語相符(見原審卷第227至228、234至235、238頁)。並有C女手繪家中位置圖、A童圈選人體圖及被告授課地點之照片3張在卷可稽(見他卷第59至63、217至219頁)。A童就被告徒手觸摸其陰部等情，前後所述一致，描述歷歷。又依證人C女所述，其於被告離去後即查看A童之陰道口周圍皮膚，發現「皮膚紅紅」，且A童當時之情緒反應顯示有不好意思及尷尬之情形。再參以證人即社工陳佳玲於檢察官偵訊時證稱：A童她有講被告碰觸她前面的屁屁，陳述過程是眼眶泛淚等語(見他卷第43頁)。若非A童親

身經歷，A童實難自行憑空杜撰，並於事發不久仍流露不好意思、尷尬及眼眶泛淚之情緒。被告辯稱：我沒有用手摸A童的生殖器等語，自難憑採。

(三)被告於112年6月22日15時9分11秒、15時9分13秒許，以其所有行動電話，接續拍攝A童穿著內褲之性影像2張等情，業據⑴證人A童於原審審判時證稱：「(妳說那天最後一次上課被告有拍妳穿內褲的照片？)有。(那是怎麼會有拍妳穿內褲的照片？)我不知道當時發生什麼事，但我知道他拍了我1張照片。(妳還記得那時候被拍照的時候是發生什麼事情？時間、地點？)是在沙發上拍，但我已經忘記其他細節了。(照片是妳拍的還是被告拍的？)被告拍的。(被告拍的時候是手滑不小心按到還是手機這樣拿起來對著妳拍？)他拿起來拍的。(被告是手機拿起來對著妳穿內褲的位置拍嗎？)是。(妳最後一天上課的時候是穿裙子？)連身裙。...(妳那個裙子有無被掀起來？)是。(為何會被掀起來，是妳自己掀還是有誰掀的？)被告掀開的。(妳被拍照那時候是否坐在被告腿上？)我想是吧。(妳是否發現被告拍妳內褲照片之後，有叫被告刪除這些照片？)是。...(拍這個內褲照片的時候，是否在沙發上？)在沙發上，當時我是坐在被告腿上」等語(見原審卷第223至225頁)。核與⑵證人C女於檢察官偵訊時證稱：「(A童)她有說被告有拿手機拍她穿內褲的照片，她當下很不喜歡，就叫被告刪除，A童說被告說有刪除，但究竟有無刪除不知道」等語(見他卷第37頁)；於原審審判時證稱：「那天晚上在醫院的時候，A童跟社工都說過，她說被告拍她穿內褲的照片，她有看到，她叫被告刪掉，被告說她刪了。A童不是第一時間說的，是後面好像社工問到還是怎樣說被告有沒有對她做奇怪的事情這類的問題時說的...」等語(見原審卷第230頁)相符。A童就被告持行動電話拍攝其穿著內褲影像等情，前後所述亦屬一致，若非親身經歷，實難自行憑空杜撰。

(四)A童於112年6月26日檢察官偵訊時，並未證稱被告有持行動

電話拍攝其所穿著內褲之影像等情，係由證人C女於當日證稱經A童告知上開情事，已如前述。斯時檢警尚未對被告發動任何約詢、搜索或數位鑑識等偵查程序，當時無任何客觀證據足以佐證C女之說法，而係由彰化縣警察局彰化分局員警於同年7月10日8時許，持法院核發之搜索票至被告位在彰化縣○○鄉○○巷00號之1住處執行搜索，扣得如附表編號1所示之行動電話後，始於同年7月10日18時14分許對被告製作警詢筆錄，並於同年7月11日囑託彰化縣警察局刑事警察大隊就如附表編號1所示行動電話進行數位鑑識後，由該大隊於同年7月17日出具數位證物勘察報告，復經本院前審再次囑託該大隊進行數位鑑識，由該大隊出具數位證物勘察報告載明「發現『IMG_4837.HEIC』之拍攝照片，內含有本證物之Metadata，依檔案類型及相機資訊等資料，可合理推斷該照片係使用本證物拍攝，拍攝時間為112年6月22日15時9分11秒」、「發現『IMG_4838.HEIC』之拍攝照片，內含有本證物之Metadata，依檔案類型及相機資訊等資料，可合理推斷該照片係使用本證物拍攝，拍攝時間為112年6月22日15時9分13秒」，查悉在被告所有附表編號1所示行動電話內，確有附表編號2所示A童穿著內褲之照片2張，此有臺灣彰化地方法院112年聲搜字第657號搜索票、彰化縣警察局彰化分局搜索扣押筆錄、彰化縣警察局刑事警察大隊112年7月17日、113年9月18日數位證物勘察報告在卷(見他卷第125至131、135至138、225至232頁，本院侵上訴卷第175至186頁)。倘若證人C女於112年6月22日檢察官訊問時誣指上情，則彰化縣警察局刑事警察大隊對被告所有附表編號1所示行動電話進行數位鑑識時，自無可能在該行動電話內查得如附表編號2所示性影像2張。再觀之A童穿著內褲之照片，對焦清楚，畫質清晰，且構圖上顯然係為記錄A童穿著內褲所拍攝，與意外拍攝到之照片明顯不符。經原審勘驗被告持有之行動電話，相簿內有隱藏資料夾，照片要進入該隱藏資料夾，必須要在相簿內點選所要隱藏之照片，再點右上角

「...」符號，裡面有隱藏選項，點選後該照片才會進入隱藏資料夾內，同時該照片會從相簿內消失；一般相簿及隱藏資料夾中各有1張A童穿著內褲之照片(不同編號)，有原審勘驗程序筆錄可稽(見原審卷第180、181頁)。並經鑑定證人即彰化縣警察局刑事警察大隊警員楊智宇於本院上訴審審判時證稱：「操作者最常出現的情況一個是隱藏，一個是刪除，刪除的話是…直接點選刪除，但是隱藏的話，…以本證物是iPhone10，…如果需要把照片放到隱藏的資料夾，需要點選到本機的相簿，然後再選取該照片，然後會有功能欄，裡面會有一個隱藏，才有辦法把相片移動到隱藏資料夾。(你的意思是說要把照片放到隱藏檔，是不可能因為刪除的動作而放到隱藏檔，因為刪除和放到隱藏檔的操作方式是不一樣的方式？)對，操作的方式其實是有區別的，方式也不太一樣」、「以手機存取的邏輯，如果一般的相片是存在一般的相片區，不會主動存到隱藏資料夾，所以這個移動的步驟是需要操作者自己操作的」等語甚詳(見本院上訴卷第393、394、397頁)。準此，被告所有之行動電話，欲進行刪除照片或將照片改置於隱藏資料夾，必須採行不同操作方式及不同路徑。是被告不僅未將A童穿著內褲之照片刪除，甚至特地將其中1張A童穿著內褲之照片置於隱藏資料夾內。被告辯稱因意外用手機拍到A童穿內褲的照片，其記得有刪除，但不知道為什麼後來沒有刪除等語，與客觀證據不符，難以採信。被告於上開時、地，確有以其所有如附表編號1所示行動電話，接續拍攝如附表編號2所示A童穿著內褲之性影像2張甚明。

(五)證人A童、C女與被告並無何仇怨，且經原審勘驗被告行動電話相簿內存有A童及被告微笑合照之照片(見原審卷第180頁)，均可見被告與A童、C女於案發前關係實屬良好，其等應無說謊誣陷被告之動機及必要。另A童於檢察官偵訊及原審審判接受訊問時均有司法詢問員潘彥辰在場，依鑑定證人即司法詢問員潘彥辰於檢察官偵訊時證稱：A童能清楚講完

整句子，能區分身體界線之不當，對於案情詳細描述，身體語言略顯不安等語(見他卷第43頁)；於原審審判時證稱：A童在偵訊的時候在會談過程中算穩定，比較擅長英文，視訊過程中精神狀況算穩定，A童中英文理解都可以，具備時間、顏色、時序的概念，也能用中文陳述及表達自己的喜好及情緒，A童可以針對幾個月的時間去做陳述，A童能陳述在家裡日常發生的一些比較特別的事情。A童大多能情緒穩定地聆聽並且思考回應，在證述過程中有不懂或忘記，亦能明白表達不知道或忘記了，沒發現有自己猜問題的狀況等語(見原審卷第207至209頁、第240至242頁)，足認A童具有足夠理解及陳述能力。證人C女、司法詢問員及社工之證述，均足以佐證被告確有對證人A童為加重強制猥褻及拍攝兒童性影像等行為。

(六)被告及辯護人雖辯稱：A童身著內褲之電子訊號，並非兒童及少年性剝削防制條例所認定之「性影像」，縱認被告確有拍攝A童內褲之事實，是否符合刑法第315條之1妨害秘密之規定，亦有疑義等語。然兒童及少年性剝削防制條例第36條性影像之認定，應適用刑法第10條第8項第2款之規定，包含「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，不侷限於特定對象的「行為(含性活動)」過程。且依該條例保護兒童及少年之性隱私與身心健全發展，防止性影像之兒童及少年性剝削等規範目的，參酌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，縱偷拍洗澡，或以內褲或內衣包覆之兒童及少年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，即應認係本條例第36條之兒童及少年性影像，此為最高法院最近統一之見解(參最高法院114年度台上字第4033號判決意旨)。依刑法第10條第8項第4款之立法理由說明：「其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為」，例如其影像內容未如第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」，而係對該等部位以打馬賽克等方式遮掩、迴避，或因攝錄角度未能呈現，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。觀諸被告所拍攝A童穿著內褲之2張照片，雖均未直接呈現性器或足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位，但內褲穿著於裙子或褲子內，本即有保護身體隱私部位，並不欲被人看到之意，倘若無意間被他人所見，甚至會引起羞恥感，且對於有特殊性癖好之人而言，僅拍攝兒童所穿之內褲，亦足以誘起其等性慾，自屬刑法第10條第8項第4款所稱之性影像。又被告對A童照相部分既已屬兒童及少年性剝削防制條例第36條規範之兒童性影像，而結合至該罪之構成要件，自不另論以刑法第315條之1第2款或同法第319條之1第1項之罪。

(七)又本件經警採取A童外陰部棉棒、陰道深處棉棒、陰道抹片、大陰脣周圍棉棒、左右手指甲、唾液及衣物送鑑定結果，均未檢出或未檢出足資比對之男性Y染色體DNA-STR型別，而無法與被告比對，固有內政部警政署刑事警察局112年8月14日刑生字第1126011221號鑑定書在卷可稽(見偵字第12839號卷第103至105頁)。然依本件被告所為猥褻之方法，僅係徒手觸摸A童之陰部，並不必然留存足資鑑定之DNA 跡證，自難遽此採為被告有利之認定。再依彰化基督教醫療財團法人彰化基督教醫院受理疑似性侵害事件驗傷診斷書所載，A童之陰部、肛門等部位雖均「無明顯外傷」，然其在其他補充說明欄記載：「檢查觸摸外陰時，個案恐懼哭泣，無法配合放小尺寸鴨嘴」等字句(見偵字第12839號不公開卷第63至67頁)。且證人A童於檢察官偵訊時證稱：「老師還在摸的時候感覺像流血，老師離開後就沒有感覺像流血了」等語(見他卷第42頁)；證人C女於檢察官偵訊時證稱：「(A童)她說她屁屁有點痛」等語(見他卷第36頁)，於原審審判時證稱：「(妳方才說妳去醫院的時候已經晚上快11、12點才看到？)是，我快12點才看到醫生。(那時候檢查妳有陪同在旁邊嗎？)有。(那時候檢查的時候還有發現紅紅的嗎？)檢查的時候紅紅的已經消了一些。(會到完全看不清楚的狀況

嗎，還是還有一點？)還有一點。(看A童診斷書是寫沒有明顯外傷，但它沒寫到有沒有紅紅的？)是，它主要著重有沒有傷，就沒有把紅紅的記上去」等語(見原審卷第236頁)。則從被告於112年6月22日14時30分許起至15時30分間之某時，對A童為徒手觸摸生殖器之強制猥褻行為後，於同日23時30分許，始經醫師對A童進行驗傷診斷，期間已相隔8小時之久。A童縱使因遭被告徒手觸摸而有些許充血之狀態，但未明顯成傷，且在醫師檢驗時既已有消除部分紅腫之狀態，則醫師在上開驗傷診斷書僅記載「陰部無明顯外傷」，而未將A童陰部周圍有無紅腫之情事記載在診斷證明書上，雖有未盡完整之處，然仍難以此逕認A童前揭證述不實，而為有利被告之認定。

(八)又辯護人雖以被告雙眼裸視0.03，視力不良，遠視+575度數甚重，看不清楚近處，加上全方位180度散光-1.5，明顯無法看清前方事物。A童指述被告手機讓她玩，且被告拿下自己眼鏡戴在A童臉上，以本件3張張片拍攝時間相隔3秒，被告如何在3秒內將眼鏡戴在A童臉上，被告辯稱重度近視無法故意拍攝本件照片尚非不可採。再A童於偵查中自稱坐在沙發上背對被告，被告如何從正面拍攝A童之內褲。A童自稱被告把手機給她玩，A童無意間自拍非不可能等與置辯。依證人ＡＯ５於本院前審審判時證稱：「(《…看起來A童有戴著一副眼鏡，就妳所知這個眼鏡是誰的？)是我先生的。...(被告的近視幾度？)大概在8、900度，有嚴重的散光」等語(見本院上訴卷第372頁)，及德明眼科診所診斷證明書(見原審卷第279頁)所載，固足證明被告「右眼裸視0.03/矯正視力0.7、左眼裸視0.04/矯正視力0.8、眼鏡度數：右眼+5.50/-1.0x180/左眼+5.75/-1.5x180」。然證人A童已證稱係被告手持行動電話對著穿內褲之位置拍攝，其於偵查時復明確證稱她是背對著被告坐在被告腿上(見他卷第41頁)，並無辯護人所指坐在沙發上背對被告之情事。再觀之附表編號2所示A童穿著內褲之性影像2張(名稱：IMG_4837.HEIC、IMG_48

38.HEIC，見本院上訴卷第185、186頁，彩色照片見本院上訴不公開資料卷第17、18頁)及A童戴上被告眼鏡之照片1張(名稱：IMG_4839.HEIC，見本院上訴不公開資料卷第147頁)，可見前述3張照片檔案名稱連續(即IMG_4837.HEIC、IMG_4838.HEIC及IMG_4839.HEIC)，時間分別為112年6月22日15時9分11秒、13秒及16秒，總計至少6秒，該3張照片對焦清楚、畫質清晰，並無晃動導致模糊不清之情形，均能清楚拍攝A童穿著內褲及戴被告眼鏡之畫面，該等部位均在照片中間，構圖上係記錄A童穿著內褲及戴被告眼鏡，難認屬被告未戴眼鏡而誤按快門所拍攝，或A童無意間自拍所造成。是辯護人此部分所辯，亦無可採。

(九)至辯護人雖以112年6月22日並非最後一次上課，而主張證人C女此部分之指證係無憑指控等語，並以該日被告夫妻與C女夫妻之通訊紀錄為憑(見三審卷第113頁)。然證人C女於案發當日被告離開當時，尚未得知A童遭侵害之事，而在經A童告知受侵害後，旋即帶A童到醫院驗傷診斷並於翌日凌晨2時22分至彰化分局偵查隊製作調查筆錄。被告縱使原本每周一、二、四下午有固定到被害人家裡上家教之情事，且在案發當日下午離開之際，C女並未告知以後無須再來上課，當晚始告知不要被告下周去上課等情，亦不影響被告於案發當日確係最後一次上課之事實認定，更難以此認定C女此部分之證述不實。

(十)證人C女上開轉述A童遭被告強制猥褻之過程，雖與A童之證述具有同一性，但證人C女證述A童之生殖器有紅之情形及不好意思、尷尬之情緒反應，難謂亦屬傳述自被害人，實已等同證人C女陳述其所目睹被害人A童當時之情況，則屬適格之補強證據，均足以佐證被告確有對A童為強制猥褻及拍攝性影像之行為。再A童為000年0月生，有卷附性侵害案件代號與真實姓名對照表可憑(見偵字第12839號不公開卷第19頁)，於案發時為未滿7歲之兒童。且被告於原審審判時供稱：我知道A童是未滿14歲之女子等語(見原審卷第300頁)，

是被告於行為當時明知A童未滿14歲一事，當可認定。

(十一)綜上所述，本院認被告及辯護人上開辯解，均不足採。從而，本件事證明確，被告上揭犯行，即堪以認定，應依法論科。至辯護人雖以彰化基督教醫院診斷書記載無明顯外傷等字句，與C女證述內容有所差異；案發6月22日是否原先預定最後一次上課等情，聲請本院函查或傳喚檢傷人員及證人C女到庭作證。然A童於受害後，陰道周圍的皮膚是紅的，並未流血，顯未明顯成傷，且在醫師檢驗時有消除部分紅腫之狀態，則醫師在上開驗傷診斷書僅記載「陰部無明顯外傷」，與C女前開證述自難認有違和之處；又證人C女於原審審判時業經以證人之身分到庭作證，並經被告及其辯護人詰問，且案發當日是否原先預定最後一次上課一節，亦與認定被告有無對A童為本件犯行無涉，本院認均無加以調查之必要，附此說明。

三、新舊法比較：

被告行為時，兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項原規定「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(下童)100萬元以下罰金」；被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條於113年8月7日修正公布，並於同月9日生效施行，修正後第1項之規定為「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」，經比較新舊法結果，修正前之規定較有利於被告，依刑法第2條第1項前段規定，應適用行為時即修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之規定。

四、論罪科刑：

(一)核被告所為，係犯係犯刑法第224條之強制猥褻罪，而有刑法第222條第1項第2款之情形，應論以刑法第224條之1之對未滿14歲女子犯強制猥褻罪，及修正前兒童及少年性剝削防

制條例第36條第1項之拍攝兒童性影像罪。

(二)被告使用附表編號1所示行動電話，於112年6月22日15時9分11秒、15時9分13秒，拍攝如附表編號2所示性影像，係基於拍攝兒童性影像之單一犯意所為之數舉動，各行為獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，難以強行分開，於刑法評價上，合為包括之一行為予以評價，較為合理，應論以接續犯一罪。

(三)被告於密接時間，在同一地點對A童為強制猥褻、拍攝兒童性影像等犯行，侵害法益同一，均係基於滿足其個人性慾之同一犯罪目的，依社會一般通念，倘認係為出於2個意思活動，依2 罪分論併罰，顯然過度評價，有違罪刑衡平原則。自應認其係以一行為同時觸犯該2罪名，為想像競合犯，依刑法第55條前段之規定，從一重論以刑法第224條之1、第222條第1項第2款之對於未滿14歲之女子犯強制猥褻罪。

(四)公訴意旨雖認被告尚有對被害人為照相之加重猥褻犯行。然按刑法第222條第1項於110年6月9日修正公布施行，並於同年月00日生效，修正後新增第9款「對被害人為照相、錄音、錄影或散布、播送該影像、聲音、電磁紀錄」之加重強制性交態樣，旨因行為人犯強制性交罪，已屬對被害人性自主決定權之侵害，復於強制性交過程中，又對被害人為照相、錄音、錄影，除行為人因握有被害人或強制性交過程之照片、錄音、影像或電磁紀錄，造成被害人創傷加劇及恐懼以外，更可能因而對外散布、播送，致被害過程為他人所得知，造成被害人二度傷害，而有加重處罰之必要，以遏止是類行為(立法理由參照)。是本款保護之法益，除被害人之性自主決定權以外，尚兼及於被害人之性隱私權。至行為人犯刑法第224條之強制猥褻罪，而有本款規定之情形者，係犯同法第224條之1之加重強制猥褻罪。故行為人須於強制猥褻行為過程中，確有攝錄行為，二者間具有意思之聯絡及存在相互利用而具有密切關聯性者，始足當之(最高法院114年度台上字第3548號判決意旨)。查A童於原審證稱：被告係掀開

她的裙子拍照，當時她坐在被告腿上一起坐在沙發上等語；證人C女亦證稱A童告以其見狀後，有叫被告刪除等語。再觀之上開A童穿著內褲之照片，並未同時出現被告的手接觸A童內褲之畫面，顯無證據證明被告在對A童照相時，係以徒手觸摸之違反其意願之方式為之。是依罪證有疑利於被告之原則，尚難認被告係於對A童強制猥褻行為過程中為上開攝錄行為，而不構成刑法222條第1項第9款之加重條件，公訴意旨此部分所指，容有誤會。又刑法第222條第1項各款均為強制猥褻之加重條件，如犯強制猥褻罪兼具數款加重情形時，因強制猥褻行為僅有一個，仍僅成立一罪，而本案之情形實質上屬於強制猥褻罪中加重條件之減縮，且各款加重條件既屬同一條文，尚非罪名有所不同，自無庸變更起訴法條，亦無庸另為無罪諭知或不另為無罪之諭知。

(五)查被告所犯之刑法第224條之1對未滿14歲之女子犯強制猥褻罪，已將「對未滿14歲之男女」設為特別處罰之規定，亦即已將被害人年齡為其處罰之特殊要件，依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書規定，自毋庸再依該法第112條第1項前段加重其刑。

(六)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時，因刑法妨害性隱私罪保護之主要法益係「個人性隱私」，處罰模式係以「未經同意」為基本要件，另以「強制(或違反意願)」為加重要件，與妨害性自主罪之保護法益與處罰模式有別，所謂「未經同意」，僅「未表達同意」，泛指未有合意之所有情狀，非以強制或違反意願之手段為要件，本質上不是以意思自由之侵害作為處罰對象，而「強制(或違反意願)」則指壓抑或妨害個人意思自由而言，且依兒童及少年性剝削防制條例(下稱本條例)第36條兒童及少年(下稱兒少)性影像犯罪之條文結構與修正之立法目的，已針對不同之行為方法及不法內涵，於第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)，第1項之「拍攝兒少性影像罪」，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，參酌同條第3項「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」之加重處罰規定，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，為雙行為犯，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意思自由之作用，始足當之，否則，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪。再本條例經歷次修法，已大幅提高第36條第1項拍攝兒少性影像罪之法定刑(法定刑為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)，其適用結果，本可視個案情節酌量適當之刑。是以行為人未施強暴、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，客觀上既無壓抑或妨害兒少意思形成或決定自由之作用，自不該當第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，此為最高法院最近所持之見解。本件依A童之上開證述可知，被告拍攝A童穿著內褲之性影像時，並未有以違反A童本人意願之方法而拍攝，亦無證據證明被告之所為，已達於壓抑或妨害A童對於拍攝性影像意思自由之程度，本件自不能僅以A童未滿7歲，並無同意被拍攝性影像之意思能力為由，遽論以兒少性剝削條例第36條第3項以其他違反本人意願之方法，使兒童被拍攝性影像罪，併此敘明。

(七)按刑法第59條規定犯罪情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，固為法院依法得自由裁量之事項，然非漫無限制，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，認為即予宣告法定低度刑期尤嫌過重者，始有其適用。是為此項裁量減刑時，必須就被告全部犯罪情狀予以審酌在客觀上是否有足以引起社會上一般人之同情，而可憫恕之情形，始稱適

法。查被告雖無前科，素行良好，但於案發後並未坦承上開犯行，且未與被害人家屬達成和解或調解，告訴代理人亦請求法院從重量刑，拒絕任何減刑等語。經斟酌上情及被告擔任被害人一對一英文家教，互動良好，竟僅為滿足私慾，利用A童及其家人對被告之信任，明知A童為未滿14歲之兒童，罔顧A童意願而以上開方式對A童為強制猥褻行為，未能尊重A童之性自主權，對A童及其家人造成之身心傷害甚大，本院因認依被告之犯罪情狀，在客觀上尚無從認為有足以引起一般同情，且即予宣告法定低度刑期尤嫌過重之情狀，爰不依刑法第59條之規定酌減其刑。辯護人以被告僅持有A童內褲照2張，且未執以為其他非法使用，並表示願補償A童之損害等情，請求本院依該條規定減輕其刑，本院難以酌採。

五、原審經審判結果，以被告上開犯罪事證明確，予以論罪科刑，固非無見。然：⑴性侵害案件減少被害人重複陳述作業或一站式服務訊前訪視紀錄表，為被告以外之人於審判外之書面陳述，屬傳聞證據，不能作為上訴人犯罪之適法證據(最高法院107年度台上字第3792號、105年度台上字第2793號判決意旨參照)。被告及其選任辯護人於原審爭執彰化縣政府性侵害案件訊前訪視紀錄表之證據能力(見原審卷第78頁)，自不能作為被告犯罪之適法證據。惟原判決認訊前訪視紀錄表屬刑事訴訟法第159條之4第2款所稱之業務上製作之紀錄文書，而有證據能力(見原判決第4頁第15至22列)，應有違誤。⑵原判決犯罪事實欄雖有記載被告「拍攝如附表編號3所示之A童穿著內褲之照片2張」(見原判決第2頁第5至6列)，惟於論罪科刑欄漏未說明被告此部分所為構成接續犯單純一罪之理由，亦有疏漏。⑶原判決於論罪科刑欄既認被告所為除構成加重強制猥褻罪外，尚構成「兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝兒童性影像罪」，並與加重強制猥褻罪間具有想像競合犯之裁判上一罪關係(見原判決第10頁第23至29列)，自應於犯罪事實欄併同載明被告主觀上具有「拍攝兒童性影像及加重強制猥褻之犯意」，惟原判

決犯罪事實欄僅記載「對A童萌生加重強制猥褻之犯意」(見原判決第2頁第2列)，顯有缺漏。⑷原判決於理由說明「被告…持上開行動電話拍攝A童穿內褲照片等情，業據被告於警詢、偵查、本院準備程序及審理時供述在卷」(見原判決書第6頁第15至18列)，似認被告於警詢、偵訊、原審準備程序及審理時均已就其持本案行動電話故意拍攝A童穿著內褲之行為坦承不諱，然被告於警詢、偵訊、原審準備程序及審判時之供述，均辯稱係「不小心」拍攝A童穿著內褲之照片，原判決此部分理由之記載，有認定事實未依證據之違誤。⑸原判決就兒童及少年性剝削防制條例第36條於113年8月7日修正公布之條文，未及為新舊法之比較適用，同有未當。⑹附表編號2所示性影像之電磁紀錄，均已儲存在附表編號1所示行動電話之記憶體，原判決既已宣告沒收附表編號1所示行動電話，自無庸另行重複宣告沒收附表編號2所示性影像之電磁紀錄。惟原判決就附表編號2所示性影像之電磁紀錄仍說明宣告沒收之理由(見原判決第11頁第24至27列)，並於主文宣告沒收附表編號2所示之物，自有違誤。被告提起上訴，執前詞否認犯行，固無可採，然原判決既有前述瑕疵可指，自屬無可維持，應由本院將原判決關於對未滿14歲之女子及對被害人為照相犯強制猥褻罪部分撤銷。

六、爰審酌被告為心智成熟之成年人，身為A童家庭教師，本應盡教導及保護之責，明知A童係未滿7歲兒童，身心尚在發育中，竟為滿足個人性慾而對其為加重強制猥褻行為，並拍攝A童穿著內褲之性影像，對A童身心發育及人格發展造成不良影響，所為實該非難，暨其在臺無前案紀錄之素行，被告於原審及本院自陳之學經歷、工作、家庭(見原審卷第304頁、本院上訴卷第346至347頁、本院更一卷第284至285頁)，兼衡告訴人C女於原審及本院所表示關於量刑之意見，量處如主文第2項所示之刑。復以被告國籍為澳大利亞，有外僑居留資料查詢-明細列印在卷(見他卷第117頁)，於110年1月15日入境我國，竟利用擔任英文家庭教師之機會，對A童為犯

罪而受有期徒刑以上刑之宣告，嚴重破壞師生關係及A童身心發展，法治觀念有所偏差，固值非難，然基於不利益變更禁止原則(本院並未諭知較重於原審判決之刑，且原審並未諭知被告於刑之執行完畢或赦免後驅逐出境)，並考量被告在台灣地區有配偶並與岳父同住，被害人全家已移民至加拿大，被告已難以對被害人再犯，為免其於刑之執行完畢或赦免後，因遭驅逐出境而家庭破碎，爰不予宣告驅逐出境。

七、沒收部分：

(一)按(兒童及少年性剝削防制條例第36條)第1項至第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；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；(兒童及少年性剝削防制條例第39條)查獲之第1項及第3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、第7項前段、第39條第4項分別定有明文，經查：扣案如附表編號1所示之行動電話，係被告所有用以拍攝A童性影像之工具，且係如附表編號2所示兒童被拍攝性影像之附著物，不問屬於被告與否，應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項、第7項前段規定宣告沒收。至於如附表編號2所示之性影像，為被告使用附表編號1所示行動電話拍攝，儲存在附表編號1所示行動電話之記憶體，該記憶體並非外接式插入行動電話使用，而係焊接在該行動電話主機板上，難以與該行動電話分離，亦無分離實益，本院既已依宣告沒收附表編號1所示行動電話，自無庸另行重複宣告沒收附表編號2所示之電磁紀錄。

(二)至於卷內所附如附表編號2電磁紀錄之列印紙本及資料光碟，均係供作本案證據及審判程序提示調查所用，非屬附著於附表編號1所示行動電話之電磁紀錄，自非依法應宣告沒收之物，毋庸另行宣告沒收，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299

條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官林裕斌提起公訴，檢察官Ａ０４到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　20　　日

刑事第一庭　　審判長法　官　蔡　名　曜

法　官　鄭　永　玉

法　官　林　宜　民

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　陳　琬　婷

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　20　　日

附表：

編號	物　品　名　稱
1	蘋果牌iPhoneXR行動電話1支(含門號：0906***671號SIM卡1張)
2	A童穿著內褲之性影像(檔案名稱：IMG_4837.HEIC及IMG_4838.HEIC，儲存在編號1行動電話記憶體)