臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第260號

上　訴　人　臺灣臺南地方檢察署檢察官
被　　告　吳旺庭
選任辯護人　許念瑜律師（法扶律師）

上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣臺南地方法院113年度訴字第438號中華民國114年12月10日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署113年度偵字第7306號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

甲○○犯拍攝少年之性影像未遂罪，處有期徒刑陸月。

扣案如附表一編號1、3、4所示之物均沒收。

犯 罪 事 實

一、甲○○知悉國內高中學生多為未滿18歲之少年，預見在高中校園內之公共廁所內架設攝影器材實施拍攝，可能拍攝到少年身體隱私部位之性影像畫面，竟基於拍攝少年性影像之不確定故意，於民國112年10月21日13時10分許至20分許間，在臺南市○區○○路○段0號○○○○○○樓2樓第3間廁所（下稱本案廁所）內，將具錄影功能之手機，以手持手機方式自廁所擋板下方伸出朝馬桶方向拍攝，以此方式拍攝代號AC000-Z000000000之少年（00年0月生，姓名年籍詳卷，下稱A女）如廁時身體隱私部位之性影像，為A女當場發現而未遂，甲○○旋即收回手機逃離現場。經A女報警處理，員警調閱本案廁所外及周遭路段之監視器影像畫面後，於112年12月19日8時許，持臺灣臺南地方法院核發之搜索票，前往甲○○之宿舍執行搜索，始查悉上情，並扣得如附表一編號1、3、4所示之物。

二、案經臺南市政府警察局第一分局報告臺灣臺南地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分：

一、上訴範圍（本院審理範圍）之說明：

㈠按上訴係不服判決，請求上級審救濟之方法，為達使當事人之訴訟獲得充分救濟之目的，本有罪刑不可分原則及上訴不可分原則之適用，惟基於尊重當事人設定攻防之範圍，並期有效增進審判效能，修正後刑事訴訟法第348條第3項規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」改採「罪」與「刑」二者可分之立法，亦為同條第2項本文規定上訴不可分原則之例外，故須以「明示」者為限。所謂「明示」，係指上訴人以書狀或言詞直接將其上訴範圍之效果明白意思表示於外而言，揆其立法意旨，乃以上訴範圍限定於判決一部，等同就未經上訴部分放棄審級救濟利益，事涉訴訟權保障核心，為期程序正當，自以該意思表示顯示於外，已可明確辨識，客觀上再無疑慮，別無其他解釋可能性為必要，與其上訴書狀敘述其不服第一審判決之理由內容尚無絕對關聯。倘上訴聲明未明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，解釋上即從原則規定，應認上訴人係對於「罪」及「刑」之全部均提起上訴，俾符上訴人之利益暨上訴聲明之本旨（最高法院114年度台上字第3665號判決意旨參照）。

㈡查原審於114年12月10日以113年度訴字第438號判決判處被告甲○○（下稱被告）犯以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像未遂罪，處有期徒刑2年。緩刑5年，並應於本判決確定之日起3年內，向檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供240小時之義務勞務，及接受每次2小時之性平教育課程3場次；緩刑期間付保護管束；扣案如附表一編號1、3、4所示之物，均沒收。上訴人即檢察官（下稱檢察官）不服提起上訴，被告則未上訴。依檢察官之上訴書記載，雖僅就原判決量刑（含是否適宜為緩刑宣告及緩刑負擔）部分提起上訴，對於原判決其他關於犯罪事實、罪名、扣案物沒收部分並無

爭執。惟經本院當庭向檢察官確認上訴範圍，檢察官稱：針對犯罪事實、罪名、量刑（含是否適宜為緩刑宣告及緩刑負擔）部分提起上訴，扣案物沒收部分不上訴等語（本院卷第94頁、第178至179頁），參諸前揭說明，堪認檢察官已明示係就原判決之犯罪事實、罪名及量刑部分提起上訴。又查檢察官雖當庭表示對於原判決關於扣案物沒收部分不予爭執，惟因犯罪事實、罪名及量刑部分之上訴審理，可能影響扣案物沒收之範圍及宣告沒收之法條依據，故認為檢察官對於原判決之犯罪事實、罪名、量刑部分之上訴，其效力及於扣案物沒收部分，因之，本院認為檢察官係就原判決全部提起上訴，先予說明。

二、證據能力部分：

因檢察官、被告及辯護人對於證據能力均無爭執（本院卷第96至98頁、第100頁、第180至182頁），依刑事裁判書類簡化原則，不予說明。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

前揭「犯罪事實」欄一，業據被告於本院準備程序及審理時均自白坦承不諱【本院卷第91頁、第182頁】，且有如附表二「證據清單」所示之供述及非供述證據附卷可稽，並有如附表一編號1、3、4所示之物扣案可資佐證，足認被告之任意性自白與事實相符，堪予採信。本案事證明確，被告關於「犯罪事實」欄一所示之犯行洵堪認定，應予依法論科。

二、論罪科刑：

㈠論罪：

1.新舊法比較：

按被告為本案行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條規定，於113年8月7日修正公布，同年月0日生效，其立法理由記載：考量行為人無故重製兒童或少年之性影像者，所造成之侵害程度不亞於拍攝、製造兒童或少年性影像之行為，爰參酌刑法第319條之3第1項規定，於第1項至第3項、第7項增

訂無故重製之行為，將其納入犯罪行為予以處罰，並定明第1項罰金下限。查被告本案犯行應適用兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定（詳下述，故僅就兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定為新舊法比較），修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定：「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（下同）100萬元以下罰金。」，修正後兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定：「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10萬元以上100萬元以下罰金。」，被告本案犯行雖與此次修正新增之「無故重製」之犯罪類型無關，惟修正後兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定提高得併科罰金之下限金額為10萬元，經新舊法比較結果，修正後兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定並未較有利於被告，依刑法第2條第1項前段規定，應適用行為時法即修正前兒童及少年性剝削防制條例第36第1項規定。

2.按行為人未施強暴、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，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（最高法院114年度台上大字第1405號刑事大法庭裁定意旨參照）。又按兒童及少年性剝削防制條例第36條之前身，即84年8月11日制定公布之兒少性交易防制條例第27條，其中關於兒少性影像處罰方式區分為一般、意圖營利、引誘或媒介、強制、常業犯等五種。自其條文結構與立法目的以對不同之行為方法及不法內涵，其後於兒童及少年性剝削防制條例第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)，使罪責相當。從法條字面意義解

釋，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，只要拍攝未滿12歲兒童或12歲以上未滿18歲少年(下稱兒少)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。是綜合觀察兒童及少年性剝削防制條例第36條之構成要件，並參酌刑法妨害性隱私罪之規範意旨（保護之主要法益係「個人性隱私」）與構成要件之概念用語（以「未經同意」為基本要件，另以「強制〈或違反意願〉」為加重要件），為維護妨害性隱私罪處罰之一貫性，解釋上，以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝其性影像，即屬兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項文義解釋之射程範圍。倘若行為人另有招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法而「促使或助益」兒少性影像拍攝之行為，甚或進一步壓抑、妨害兒少性隱私之意思自由，以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」行之，始依同條第2項或第3項之加重規定處罰。又有別於兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之一般處罰規定，同條第3項另以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」作為加重要件。從第3項設定之構成要件以觀，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，本質上屬雙行為犯。而保護個人意思自由之刑罰法律，關於「強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法」之規定，雖不以類似於所列舉之強暴、脅迫等高度強制行為為必要，低度強制行為亦包含在內，但仍須其行為客觀上足以壓抑或妨害被害人意思自由，始足當之。因此，兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項犯罪之成立，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之意思自由，而以不法程度較高之方式侵害其性隱私自主權，方能依第36條第3項之加重規定論處（例如1.以強暴、脅迫壓抑其意思自由；2.以藥劑或催眠術等方法造成其認識或意願形成之缺損；3.以具法益關聯性

之詐術不當影響其關鍵決定；4.營造其無助或弱勢之處境，使之難以、不易、不敢逃脫或抗拒等）。否則，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪。從而，行為人以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，既未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，復未在拍攝行為外，另以其他手段壓抑或妨害兒少之性隱私意思自由，自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項之規定處罰。此為本院最近之統一見解（最高法院115年度台上字第818號判決意旨參照）。

3.查被告為前揭「犯罪事實」欄一所示之犯行，係以偷拍之方式，對不知情之被害人A女（下稱A女）拍攝性影像而未遂，卷內並無證據證明被告對A女有施以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他非法行為，或有營利意圖，參諸前開最高法院刑事大法庭裁定意旨及最高法院判決意旨，被告本案犯行自不該當（修正前後）兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之構成要件，亦不該當刑法第315條之1及刑法第319條之1之保護法益及構成要件，應依（修正前）兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定予以論處。又查，被告雖以「犯罪事實」欄一所示之方式錄影拍攝，但並未錄得A女之性影像等情，業據被告於警詢時供述在卷（警卷第6至7頁）。起訴書證據清單編號4雖記載：「扣案攝影器材所攝得畫面檔案光碟及側錄影像畫面翻拍照片等」，待證事實：「證明遭扣案之攝影器材竊錄、攝得含A女在內185名女性如廁過程畫面（另184名真實姓名、年籍不詳女子部分，所涉妨害秘密及妨害性隱私罪嫌，未據提出告訴）之事實」等語。惟前揭「扣案攝影器材所攝得畫面檔案光碟及側錄影像畫面翻拍照片等」之證據資料內，查無案發時之112年10月21日13時10分至20分間之檔案，亦無本案A女之影像，故上開起訴書證據清單編號4之「扣案攝影器材所攝得畫面檔案光碟及側錄影像畫面翻拍照片等」之證據，核與被告本案犯行

無關，不得作為被告本案犯行之證據。本案既查無證據足以證明被告本案犯行已達既遂程度，自應認為被告本案犯行僅止於未遂犯階段，公訴意旨認為被告本案犯行已達既遂階段等語，容有誤會，自不可採。是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項之拍攝少年之性影像未遂罪。

4.公訴意旨認為被告本案所為，係犯刑法第315條之1第2款之妨害秘密罪，刑法第319條之1第1項之妨害性隱私罪及兒童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法，使少年被拍攝性影像罪，被告係以一行為而觸犯上開3罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條前段規定，從一重之兒童及少年性剝削防制條例第36條3項之以違反本人意願之方法，使少年被拍攝性影像罪處斷等語，尚有未洽。雖罪名有異，惟起訴之社會基本事實同一，且經本院當庭諭知被告所為可能係涉犯（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（本院卷第90頁、第179頁），對於被告之防禦權行使已有所保障，爰依刑事訴訟法第300條之規定，變更起訴法條。

㈡刑之加重減輕事由之說明：

1.被告本案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，業以A女之年齡為處罰之特別加重要件，故依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書規定，自毋庸再依該項前段規定加重其刑。

2.依刑法第25條第2項規定減輕其刑：

查被告已著手實行拍攝A女性影像犯行，惟因其在調整亮度時誤觸閃光燈，為A女所發現，被告即將手機收回，最終未攝得A女之性影像而未遂，因其犯行所生危害較既遂犯為輕，爰依刑法第25條第2項之規定，減輕其刑。

3.不適用刑法第59條規定減輕其刑之說明：

⑴按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，固得依據刑法第59條規定酌量減輕其刑。條文所謂犯罪情狀，必

須有特殊之環境及原因，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重；而所謂犯罪情狀顯可憫恕，係指裁判者審酌刑法第57條各款所列事項，以行為人之責任為基礎之一切情狀，予以全盤考量後，認其程度已達顯可憫恕之程度，始有其適用。又按刑法第59條所定之酌量減輕其刑，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，認為即予宣告法定最低度刑期猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑而言。倘被告別有其他法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑（最高法院112年度台上字第4940號判決意旨參照）。

⑵查被告本案所為拍攝少年性影像未遂罪犯行，係在本案廁所內，手持手機自廁所擋板下方伸出朝馬桶方向拍攝，因被害之少年A女當場察覺而未遂，被告犯行嚴重侵害少年之性隱私權，並造成A女身心發展之重大影響，其犯罪手段、犯罪情狀，危害均非輕，依其犯罪當時之情節，並無何特殊之原因與環境，在客觀上自無足以引起一般同情，而顯然可憫之情狀。再者，拍攝少年性影像未遂罪犯行之法定最低刑度為有期徒刑1年以上（得併科100萬元以下罰金），被告所為拍攝少年性影像未遂罪犯行，經依未遂犯之規定減輕其刑後，縱科以其法定最低刑度有期徒刑6月以上（得併科罰金），與其本案上開犯行之犯罪情節相較，亦無情輕法重而有違罪刑相當及比例原則之情形，是被告本案拍攝少年性影像未遂罪犯行，自無刑法第59條減輕其刑規定之適用。因之，被告及辯護人主張被告本案拍攝少年性影像未遂罪犯行，應依刑法第59條規定減輕其刑云云，自不能認為有據。

參、上訴意旨：

檢察官上訴意旨略以：①被告對於所犯以違反本人意願之方

法使少年被拍攝性影像未遂罪犯行，雖曾於偵查中認罪，惟於原審時係採無罪答辯，且A女因本案所受影響既深且鉅，迄未因被告已賠償A女10萬元而原諒被告，認為應加以嚴懲。被告具有偷拍之素行，且阻礙案件之調查而犯後態度不佳。因本案未能查得A女如廁時遭拍攝之照片，被告於警詢時自承：已刪除扣案之行動電話內之一部分偷拍資料等語。為釐清被告有無成功拍攝A女如廁影像，另為查明本案A女以外之其他被害人數量，以供原審作為被告素行良窳之量刑因子，遂向原審聲請調取扣案之行動電話進行數位鑑識採證還原，被告雖於113年9月18日提供密碼2組以供數位鑑識採證還原，經檢察事務官輸入被告提供之2組密碼時均因錯誤而還原未果，復經函詢被告是否願意提供該支行動電話之正確密碼，被告函復略以：「已忘記密碼」等語。導致檢察事務官自113年11月20日開始破解該支行動電話，至原審於114年12月26日函請檢察官檢還該支行動電話而停止破密時止，耗時逾1年持續對該支行動電話執行破密未果，浪費大量司法資源，足見被告先故意刪除該支行動電話內一部分偷拍資料，刻意提供錯誤密碼，不斷妨礙案件之調查，延宕訴訟程序，浪費司法資源，隨著證據顯現之程度而避重就輕，犯後態度不佳，不能徒憑被告已賠償A女10萬元，即認被告真心悔悟。原審認定被告「犯後始終自白犯行」或「犯後坦承犯行」，「被告已賠償A女10萬元」，而援引刑法第59條規定減輕其刑，自屬不當。②被告於原審時係採無罪答辯，雖已賠償A女10萬元，綜合考量被告矢口否認犯行，阻礙案件調查之犯後態度，且被告具有偷拍之素行，被告於案發時為大學法律系學生，實乃知法犯法，應作為從重量刑之因子。原審量刑失之過輕，不符罪責相當性原則，更無法遏止被告再犯，難認妥適。③被告本案犯行，無適用刑法第59條規定減輕其刑之餘地，依兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第3項規定論罪科刑，再依未遂犯規定減輕其刑，法定最低刑度為有期徒刑3年6月以上，自不得宣告緩刑。原審先

適用刑法第59條規定減輕其刑後，再依刑法第74條第1項第1款規定宣告緩刑，認事用法實屬有疑。又被告雖賠償A女10萬元，惟A女並未原諒被告，且未同意法院給予被告宣告緩刑，況被告自本案發生前之111年11月17日起至112年9月14日止，在臺南市各高中、大學、補習班之女廁、性別友善廁所，以事先裝設針孔攝影機或當場手持行動電話等方式，拍攝數名身著國中制服、高中制服或便服之身分不詳女子如廁時之身體隱私部位照片或影像得手，實行偷拍行為之時間長達將近1年，堪認被告未來再犯之風險極高。被告於原審時否認犯罪，賠償A女10萬元實為求得輕判及緩刑，原審給予被告宣告緩刑實有違誤。請將原判決撤銷，更為適當合法之判決等語。

肆、撤銷原判決之理由：

一、撤銷理由：

原審以被告本案犯行，事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查：被告本案犯行，應論以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，已論述如前，原審論以（修正前）兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第3項之以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像未遂罪，而予科刑，自有不當。

二、對上訴意旨之說明：

檢察官前揭上訴意旨①至③所示，雖未指摘原判決認定事實及適用法律有誤，惟原判決既存有上開「一、撤銷理由」所示不當之處，自屬無可維持，應由本院將原判決予以撤銷改判，以期適法。

伍、量刑：

一、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告並無刑案前科紀錄，有其法院前案紀錄表在卷可參。被告於案發時為就讀大學法律系學生，竟知法犯法，為滿足個人私欲，在本案廁所內以手持手機自廁所擋板下方伸出朝馬桶拍攝方式，偷拍A女如廁時身體隱私部分之性影像，為A女當場發現而未遂，已對A女

之少年身心發展造成嚴重侵害，應予非難；被告犯後於偵查、原審時始終坦承有對A女偷拍未遂之犯行，嗣於本院時則坦承認罪，並於原審時與A女之母親達成民事損害賠償調解，約定被告應給付A女10萬元，被告已當庭履行給付完畢等情，有原審113年9月18日調解案件進行單在卷可佐（原審卷第179頁），A女於113年9月23日具狀陳明已與被告調解成立，已收到10萬元，刑事部分由法院判決等語，有A女113年9月23日刑事陳報狀在卷可參（原審卷第185至186頁），以及被告具有低收入戶身分，經診斷罹患非特定的衝動障礙症、非特定的情緒障礙症，有偷拍的衝動和行為已有3年，並自111年9月19日起開始在學校進行心理諮商等情，有殷建智精神科診所113年8月8日殷字第000000000號函暨檢附之被告病歷資料（原審卷第65至71頁），心樂活診所113年8月9日心樂活字第0000000號函暨檢附之被告病歷表（原審卷第73至75頁），衛生福利部嘉南療養院113年8月19日嘉南司字第0000000000號函暨檢附之被告病歷資料（原審卷第113至119頁），國立成功大學113年8月20日成大學字第0000000000號函暨檢附之被告心理諮商紀錄摘要（原審卷第121至151頁），被告之低收入戶資料查詢（原審卷第105頁）附卷可憑，並兼衡被告於本院審理時所自述之智識程度，現為大四學生，無工作收入，家庭，生活狀況（本院卷第190頁）等一切情狀，就被告本案所犯拍攝少年性影像未遂罪犯行，量處如主文第二項所示之刑。檢察官具體求處被告不得易科罰金或其他易刑處分之刑度等語（本院卷第198頁），以及A女及其代理人於本院時表示：A女不原諒被告，請求從重量刑，不同意給予被告易科罰金或易刑處分等語（本院卷第191至195頁），並有A女115年4月1日陳述意見狀在卷可參（本院卷第161至170頁），均尚嫌過重，附此敘明。

二、至於檢察官上訴理由主張：被告曾以扣案之行動電話，拍攝竊錄A女以外之184名女性如廁過程畫面，拍攝時間為112年5月20日、21日，乃當年度國中教育會考舉辦時間，拍攝地點

在臺南女中，為當時臺南市考場之一，該校活動中心則作為後甲國中、復興國中、建興國中、聖功女中之休息區，男女廁所均位於活動中心下方，影像內之女子穿著者，確係後甲國中、復興國中、聖功女中之制服。為查明本案應論以既遂罪或未遂罪，以及本案A女以外之其他被害人數量，以供原審作為被告素行良窳之量刑因子，檢察官遂向原審聲請調取扣案之行動電話進行數位鑑識採證還原，被告雖於113年9月18日提供密碼2組以供數位鑑識採證還原，經檢察事務官輸入被告提供之2組密碼時均因錯誤而還原未果，復經函詢被告是否願意提供該支行動電話之正確密碼，被告函復略以：「已忘記密碼」等語。導致檢察事務官自113年11月20日開始破解該支行動電話，至原審於114年12月26日函請檢察官檢還該支行動電話而停止破密時止，耗時逾1年持續對該支行動電話執行破密未果，浪費大量司法資源，足見被告刻意提供錯誤密碼，妨礙案件之調查，延宕訴訟程序，浪費司法資源，隨著證據顯現之程度而避重就輕，犯後態度不佳，應從重量刑等語，有檢察官所提出之被告持用之手機內相簿、手機內LookCamAPP針孔攝影機、扣案128G記憶卡之影片一覽表（警卷第89至123頁），被告扣案之手機側錄影像畫面截圖（警卷彌封資料袋），原審113年8月20日、9月18日公務電話紀錄（原審卷第107頁、第111頁），臺灣臺南地方檢察署113年12月4日南檢和明113蒞21670字第0000000000號函暨檢附之檢察事務官113年11月20日勘驗被告手機之勘驗紀錄（原審卷第187至189頁），臺灣臺南地方檢察署114年10月13日南檢和收114蒞22000字第0000000000號函暨檢附之手機測試進度說明及翻拍照片（原審卷第239至241頁），112年國中教育會考相關新聞網頁資料（本院卷第105至106頁），112年國中教育會考臺南考區臺南女中03考場試場配置圖、臺南女中校區平面圖、臺南女中考場活動中心休息區配置圖（本院卷第107至109頁），臺南市立復興國中女生夏季、冬季運動服照片（本院卷第111頁），聖功女中校服照片（本

院卷第113頁），後甲國中校服照片（本院卷第115頁），臺南一中113年第一次英聽考試相關資料、考試簡章、報名表單（本院卷第117至120頁），被告之全國刑案資料查註表（本院卷第121頁）在卷可佐。惟查：①起訴書證據清單編號4「扣案攝影器材所攝得畫面檔案光碟及側錄影像畫面翻拍照片等」之證據資料，查無案發時之112年10月21日13時10分至20分間之檔案，亦無本案A女之影像，故上開起訴書證據清單編號4之「扣案攝影器材所攝得畫面檔案光碟及側錄影像畫面翻拍照片等」之證據，核與被告本案犯行無關，不得作為被告本案犯行之證據，已說明如前，則該「扣案攝影器材所攝得畫面檔案光碟及側錄影像畫面翻拍照片等」之證據自亦不得作為被告本案犯行之量刑證據。②檢察官雖以為查明本案應論以既遂罪或未遂罪，以及本案A女以外之其他被害人數量，以供原審作為被告素行良窳之量刑因子為由，向原審聲請調取扣案之行動電話進行數位鑑識採證還原，並要求被告配合提供行動電話密碼，以供數位鑑識採證還原使用等語，查有關本案應論以既遂罪或未遂罪，依被告不自證己罪原則，本應由檢察官負其舉證責任，被告並不負有證明自己應構成既遂罪之義務，從而自不得以被告未配合提供行動電話密碼，以供檢察官數位鑑識採證還原使用，以證明應論處被告既遂罪，而認被告犯後態度不佳，浪費司法資源而予加重量刑。③另有關被告是否曾以扣案之行動電話，拍攝竊錄A女以外之184名女性如廁過程畫面，拍攝時間為112年5月20日、21日，為當年度國中教育會考舉辦時間，拍攝地點在臺南女中，為當時臺南市考場之一，該校活動中心則作為後甲國中、復興國中、建興國中、聖功女中之休息區，男女廁所均位於活動中心下方，影像內之女子穿著者，確係後甲國中、復興國中、聖功女中之制服等情，被告此部分行為，目前尚未經檢察官提起公訴，依檢察官所提出之被告全國刑案資料查註表（本院卷第121頁）所示，臺灣臺南地方檢察署115年度發查字第331號案件，已於115年3月6日結案（限

時補足資料），堪信此部分案件仍在偵查中，本諸無罪推定原則及被告不自證己罪原則，被告關於扣案之行動電話記憶卡內所拍攝、竊錄A女以外之184名女性如廁過程畫面等行為，在法院判決確定前應受無罪推定，且被告就上開另案犯行亦不負有提供扣案行動電話正確密碼以供檢察官蒐證後對被告另行提起公訴之義務，此核屬檢察官之法律上應負之舉證責任，自應由檢察官自行蒐證調查之，且被告於上開另案行為是否提供正確密碼以使檢察官迅速破解鑑識還原使用，有無刻意提供錯誤密碼，妨礙案件之調查，延宕訴訟程序，浪費司法資源等情之犯後態度，本諸量刑之個案原則、罪責相當原則，均應於被告之另案行為經偵查起訴後，始於該另案行為中予以參酌審究。檢察官以被告未提供扣案行動電話之正確密碼進行數位鑑識還原，以供檢察官對被告另案進行追訴拍攝、竊錄112年5月20日、21日國中教育會考期間，在臺南女中，對A女以外之184名女性如廁過程畫面，主張係被告本案犯行之犯後態度良窳或屬被告之素行，應列入被告本案犯行之從重量刑因子云云，亦不能認為有據，附此說明。

陸、沒收部分：

一、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項前段定有明文。經查，扣案如附表一編號1所示之iPhone手機1支為被告所有，並係供被告本案拍攝少年性影像所使用之工具之情，業據被告於警詢時供承在卷（警卷第6頁），是上開iPhone手機1支應依前揭規定宣告沒收。

二、供犯罪所用或犯罪預備之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之，刑法第38條第2項前段定有明文。扣案之如附表一編號3、4所示之128G記憶卡1張、針孔攝影機2組為被告所有，並係供被告偷拍使用之情，業據被告於警詢時供述在卷（警卷第5頁），應認為係供或預備供被告犯罪所用之物，應依上

開規定宣告沒收。

三、扣案之如附表一編號2所示之ASUS筆記型電腦1臺，係被告向學校所借用，並非被告所有，為被告於警詢時陳明在卷（警卷第5頁），復無證據證明係供被告本案犯罪所用或因本案所生之物，與被告本案犯行無關，不予宣告沒收。

柒、不宜宣告緩刑之說明：

按緩刑之宣告，除應具備刑法第74條第1項所定之形式要件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之。至是否適宜宣告緩刑，法院本得依審理之結果斟酌決定，非謂符合緩刑之形式要件者，即不審查其實質要件，均應概予以宣告緩刑。查被告並無刑案前科紀錄，有其法院前案紀錄表在卷可稽。被告固符合刑法第74條第1項第1款所定緩刑宣告要件，惟審酌被告本案犯行，造成A女身心發展之嚴重侵害，被告雖與A女達成民事損害賠償調解，並已履行給付A女10萬元完畢，惟A女並未同意原諒被告，未獲A女之諒解，再本院審酌被告本案犯行係以少年為犯罪對象，其犯罪情節、手段及危害性均非輕，認為仍有執行刑罰之必要，且被告經診斷罹患非特定的衝動障礙症、非特定的情緒障礙症，有偷拍的衝動和行為，非無再犯之可能，認為不宜逕給予宣告緩刑。被告及辯護人請求宣告緩刑等語，尚非可採。

據上論結，應依刑事訴訟法第300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。

本案經檢察官蘇聖涵提起公訴，檢察官江怡萱提起上訴，檢察官林仲斌到庭執行職務。

中　華　民　國　115　年　4　月　22　日

刑事第四庭　審判長法　官　何秀燕

法　官　吳育霖

法　官　鄭彩鳳

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　蘭鈺婷

中　華　民　國　115　年　4　月　22　日

附錄本判決論罪科刑法條全文

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。

附表一

編號	品名、單位及數量
1	IPhone11手機1支(紅色，含SIM卡，門號：0000000000，IMEI：000000000000000)
2	ASUS筆記型電腦1臺(含電源線)
3	128G記憶卡1張

4	針孔攝影機2組

附表二：證據清單

一、供述證據：

㈠被告供述：

1.112年12月19日警詢筆錄（警卷P3-14）

2.113年4月24日檢察官訊問筆錄（偵卷P15-16）

3.113年8月19日準備程序筆錄（原審卷P95-103）

4.113年9月18日司法事務官詢問筆錄（原審卷P183-184）

5.114年5月28日準備程序筆錄（原審卷P229-233）

6.114年11月20日審判筆錄（原審卷P277-289）

7.115年3月11日準備程序筆錄（本院卷P89-102）

8.115年4月8日審判筆錄（本院卷P177-200）

㈡證人供述：

1.證人【AC000-Z000000000】（被害人A女）

⑴112年10月21日警詢筆錄（警卷P15-18）

⑵113年8月19日準備程序筆錄（原審卷P102）

⑶115年4月8日審判筆錄（本院卷P191-195）

2.證人【AC000-Z000000000A】（A女之母親）

⑴113年9月18日司法事務官詢問筆錄（原審卷P183）

3.證人【A0000004】（社工）

⑴113年8月19日準備程序筆錄（原審卷P102）

⑵115年4月8日審判筆錄（本院卷P196）

4.證人鄭婷婷律師（A女代理人）

⑴115年4月8日審判筆錄（本院卷P194-195）

二、非供述證據：

㈠原審112年聲搜字第2022號搜索票（警卷P19）

㈡臺南市政府警察局第一分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據、現場搜索及扣押物品照片、被告之自願搜索同意書（警卷P21-35）

㈢現場、道路監視器畫面截圖（警卷P43-67） ㈣A女之真實姓名對照表（偵卷卷底彌封資料袋） ㈤臺灣臺南地方檢察署113年6月13日公務電話紀錄表（偵卷P25） ㈥現場監視器影像光碟1片（偵卷卷底彌封資料袋） ㈦現場、道路監視器錄影檔案光碟1片（原審卷P83）

卷目

1.臺南市政府警察局第一分局南市警一偵字第1120650145號卷【警卷】

2.臺灣臺南地方檢察署113年度偵字第7306號卷【偵卷】

3.臺灣臺南地方法院113年度訴字第438號卷【原審卷】

4.臺灣臺南地方檢察署114請上586號卷【請上卷】

5.臺灣高等法院臺南分院115年度上訴字第260號卷【本院卷】