臺灣高等法院刑事判決

111年度上訴字第479號

上　訴　人　臺灣士林地方檢察署檢察官
被　　告　洪○○
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　羅健新律師

上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣士林地方法院110年度訴字第395號，中華民國110年12月30日第一審判決（起訴案號：臺灣士林地方檢察署109年度偵字第7736、12730、12737、13125號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於無罪部分撤銷。

洪○○犯以違反本人意願之方法使兒童被拍攝猥褻行為影片罪，共貳罪，均處有期徒刑參年陸月。應執行有期徒刑參年捌月。

事　實

一、洪○○係代號AW000Z000000000號女子（民國00年0月生，姓名、年籍均詳卷，下稱A女）及代號AW000Z000000000號男子（00年0月生，姓名、年籍均詳卷，下稱B男）之姨丈，彼此間具有家庭暴力防治法第3條第4款所定之家庭成員關係。其知悉A女、B男均為7歲以上未滿12歲之兒童，且知悉其於108年10月20日前之某日，在臺北市○○區○○街00○00號住處之浴廁內擅自裝設針孔攝影機1台，將可能使A女、B男在不知情之情況下，遭拍攝渠等在上開浴廁內沐浴或如廁之猥褻行為影片，其竟仍出於縱使發生以違反本人意願之方法使兒童被拍攝猥褻行為影片之結果，亦不違背其本意之不確定故意，分別為下列行為：

㈠於108年10月28日晚間8時30分許（起訴書略載為同年月底某時），於A女不知情之情況下，以前揭針孔攝影機拍攝A女在上開浴廁內全身裸體，裸露胸部、下體等隱私部位之沐浴過程之影片，而以此違反A女意願之方法，使A女被拍攝猥褻行

為影片於該針孔攝影機之記憶卡內（影片儲存之檔案詳如附表編號一所載；至所涉妨害秘密部分，則未據告訴）。

㈡於108年11月16日下午3時36分許（起訴書略載為同日下午某時），於B男不知情之情況下，以前揭針孔攝影機拍攝B男在上開浴廁內部分裸體，裸露臀部等隱私部位之如廁過程之影片，而以此違反B男意願之方法，使B男被拍攝猥褻行為影片於該針孔攝影機之記憶卡內（影片儲存之檔案詳如附表編號二所載；至所涉妨害秘密部分，則未據告訴）。

二、案經臺北市政府警察局南港分局報請臺灣士林地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序方面

一、本院審理範圍

本件檢察官僅針對原判決無罪部分提起上訴，此有檢察官上訴書在卷可按，並據檢察官於本院準備程序時陳明在卷（見本院卷第64頁）；而被告則未對原判決提起上訴。故本件上訴之審理範圍僅限於原判決無罪部分，其餘部分（即原判決有罪及不受理部分）均已確定，合先敘明。

二、證據能力部分

㈠按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，刑事訴訟法第159條第1項固定有明文；惟被告以外之人於審判外之陳述，雖不符同法第159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，同法第159條之5第1項亦定有明文。經查，本判決所引用之被告以外之人於審判外之陳述，固均屬傳聞證據，惟被告洪○○及其辯護人就前揭審判外陳述均表示同意具有證據能力（見本院卷第65至67頁）；而檢察官亦表示上開證據均有證據能力（同上卷頁）。本院審酌上開證據製作時之情況，尚查無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，爰逕依刑事訴訟法第15

9條之5第1項規定，認前揭證據均例外有證據能力。

㈡本判決所引用之其餘文書證據及證物，並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，亦無顯有不可信之情況，且經本院於審理期日合法調查，該等證據自得作為本案裁判之資料。

貳、實體方面

一、認定犯罪事實所憑證據及理由

㈠上開犯罪事實，業據被告於原審及本院審理時均坦承不諱（見原審卷第28、66、102、112至113頁、本院卷第65、94至95、113至114頁），核與證人即被害人A女、B男於警詢時分別證述之情節大致相符（見109年度偵字第12730號卷第13至15頁、109年度偵字第13125號卷第10至12頁），並有兒少性剝削事件報告單、代號與真實姓名對照表、蒐證照片、家庭暴力通報表、原審法院109年度暫家護字第76號民事裁定、針孔攝影設備採證照片、臺北市政府警察局南港分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品照片、檢察官勘驗筆錄、本院111年3月15日勘驗筆錄暨附件截圖等件在卷佐憑（見109年度偵字第7736號卷第16至21、55至57、60至67、149頁及彌封袋內、本院卷第94、95頁及彌封袋內），且有針孔攝影機鏡頭8個、記憶卡7張、記憶卡插槽3個、行動電源1個及電線14條等物扣案可稽。

㈡按兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪，係以「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」為其構成要件。又刑事法上所謂之「猥褻」，係指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之顯現聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性之道德感情，有礙於社會風化者為限（司法院釋字第617號解釋意旨參照）；且有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同（司法院釋字第407號解釋意旨參照）。法院就猥褻行為之影像為審查時，自應就具體個案中之影像內容與藝術

性、醫學性、教育性影像等物之區別，依該影像整體之特性及其目的而為觀察，並按當時之社會一般觀念定之。經查，觀諸本院於111年3月15日準備程序時當庭勘驗被告以針孔攝影機拍攝A女沐浴、B男如廁之影片檔案之結果，略認：A女沐浴及B男如廁之影片檔案名稱分別詳如附表編號一、二所示，均為一次性之連續錄影，僅因錄影軟體之故始各分為數個檔案。影像內容為A女沐浴及B男如廁之過程，可見A女全身裸體，胸部及下體等隱私部位均屬可見；另可見B男呈現臀部等隱私部位之裸體狀況等情，有本院勘驗筆錄暨附件截圖在卷可按（見本院卷第94至95頁，附件截圖則存於同卷彌封袋內）。稽之胸部、下體、臀部等身體部位，係屬身體高度隱私部位，極具私密性，通常不會隨意外露，而A女、B男雖屬兒童，但斯時已滿11歲，刻在青春發育時期，並非極為年幼尚無明顯性徵之年紀，被告偷拍A女、B男裸露胸部、下體或臀部之影片，就該等影片之整體特性而為觀察，參酌現時社會之一般觀念，當可連結至與性相關之意涵，客觀上足以刺激或滿足性慾，此佐以現今不顧法律嚴厲禁制，在諸多場所偷拍他人隱私部位之新聞時有所聞，網路上甚至有以此等偷拍他人隱私部位之影像（照片或影片）為主題或噱頭之網站或平台，足徵若非偷拍隱私部位之影片確可刺激、引發或撩撥常人之性慾，此等偷拍行徑又豈會抓不勝抓、層出不窮，即更見其明。而被告擅自以針孔攝影機偷拍A女及B男裸露隱私部位之影片，將A女及B男非公開之個人私密行為予以攝錄，其影片內容衡情當引起普通一般人羞恥或厭惡，侵害性之道德感情，有礙於社會風化，且該等偷拍之影片顯然不具藝術性、醫學性或教育性，綜依前揭說明，應屬「猥褻」行為之影片至明。

㈢再按兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定之違反意願拍攝性交猥褻影像罪，其所指「違反本人意願之方法」，係指該條所列舉之強暴、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

之強暴、脅迫、藥劑、詐術及催眠術等方法為必要，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疵者，即合於「違反本人意願之方法」之要件。而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，參照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」，以及我國為了保護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例之立法目的，應由保護兒童及少年之角度，解釋本條項所指「違反本人意願之方法」之意涵，即凡兒童及少年被人拍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架設錄影器材，使該兒童及少年處於不知被拍攝之狀態，以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，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褻行為之影片，顯然具有妨礙兒童及少年意思決定之作用，就其結果而言，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影片之結果，應認屬本條「違反本人意願之方法」（最高法院110年度台上字第3486號判決意旨參照）。是以，被告知悉A女及B男俱為兒童，竟利用A女及B男均不知情之情況下，擅自在前揭浴廁內裝設針孔攝影機，拍攝A女沐浴及B男如廁過程之猥褻行為影片，依上述說明，就其結果而言，無異壓抑A女及B男之意願，使其等形同被迫而遭受偷拍猥褻行為影片之結果，核屬兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定所稱之「違反本人意願之方法」，至為灼然。

㈣又被告雖已坦承本件犯行，但其辯護人仍為被告辯護略以：⑴A女及B男被拍攝之影片為沐浴及如廁行為，而沐浴及如廁行為係人類為維持身體清潔與機能所必要從事的衛生行為或排泄行為，縱使因此暴露性器官，客觀上顯不足以刺激或滿足性慾，並不該當「猥褻」定義中之客觀要件。況A女及B男為沐浴、如廁行為，本質上係為維持身體清潔或機能之行為，並非為滿足性慾而為，核非一種「色慾」或「情色」行為，皆非刑法所稱之「猥褻行為」。再者，A女及B男年僅11歲，尚未進入第二性徵之發育期，其等之性徵與嬰兒出生情況相同，一般人對於其等沐浴或如廁之畫面並不會與性慾產生連結，更不會引起羞恥與厭惡感。故被告所為應僅構成刑法第315條之1之妨害秘密罪，尚不構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪名。⑵倘本院仍認被告確有違反兒童及少年性剝削防制條例之犯行，然被告雖有偷拍之行為，但與違反本人意願拍攝，觀念上仍可區隔，自應適用同條例第36條第1項之輕罪，而不該同條第3項之罪名云云。惟依下列說明，辯護人所為之辯解並非可採：

1.按證據取捨、其證明力之判斷及事實認定，俱屬事實審法院自由判斷裁量之職權，此項自由判斷職權的行使，倘不違背客觀存在的經驗法則及論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定意旨甚明，自難任憑己意，指摘為違法（最高法院110年度台上字第6214號判決意旨參照）。本院依憑上揭各項事證，經逐一剖析，互核印證結果，始據以認定被告所偷拍之影片確屬「猥褻行為」之影片，辯護人徒執上揭情詞，空言否認該等影片屬於「猥褻行為」之影片，無非係對法律規定有所誤解，已無足取。況刑事法上之「猥褻」應係指「客觀上」足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性之道德感情，有礙於社會風化者而言。其審查基準應就被告拍攝之影像內容為整體觀察，並按當時之社會一般觀念定之，自非係以被害人即A女及B男主觀上之認知作為判斷標準，亦不因A女、B男彼時係

在沐浴或如廁而有不同，如此方能落實兒童及少年性剝削防制條例為求防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展之立法旨趣（同條例第1條參照）。故被害人A女及B男雖係從事沐浴或如廁之清潔或排泄行為，且渠等主觀上固無從事猥褻行為之意，亦難執此即動搖本件偷拍之影片係屬猥褻行為影片之認定。再者，A女、B男雖屬兒童，但斯時已滿11歲，刻在青春發育時期，並非極為年幼尚無明顯性徵之年紀，被告偷拍A女、B男裸露胸部、下體或臀部之影片，就該等影片之整體特性而為觀察，參酌現時社會之一般觀念，當可連結至與性相關之意涵，客觀上足以刺激或滿足性慾，且其未經同意將A女及B男非公開之個人私密行為予以攝錄，影片內容衝情當引起普通一般人羞恥或厭惡，侵害性之道德感情，有礙於社會風化，業經本院詳述如前，辯護人仍辯以：A女、B男之性徵與嬰兒出生情況相同，一般人對於其等沐浴或如廁之畫面並不會與性慾產生連結，更不會引起羞恥與厭惡云云，顯屬事後卸責之詞。是以，辯護人徒執上揭㈣⑴所示情詞為辯，自無足取。

2.被告未徵得A女及B男同意，在渠等不知情之情況下，偷拍渠等沐浴或如廁之猥褻行為影片，究其實質，無異係壓抑A女及B男之意願，使渠等形同被迫而遭受偷拍猥褻行為影片之結果，核屬兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定所稱之「違反本人意願之方法」，即應以該罪相繩，自非屬同條文第1項之行為態樣，當無依同條文第1項論罪之餘地，其理至為明瞭。故辯護人徒執上揭㈣⑵所示情詞，請求從輕適用兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪名，亦無足取。

㈤綜上所述，足徵被告任意性之自白核與事實相符，自堪採信，而辯護人所為辯解則不足採，是以本件事證已臻明確，被告之犯行應堪認定。

二、論罪之說明

㈠被告之罪名：

1.核被告所為，均係犯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兒童被拍攝猥褻行為影片罪（共2罪；起訴書誤載為以違反本人意願之方法使「少年」被拍攝「性交」行為之電子訊號罪）。

2.按家庭暴力防治法所稱之「家庭暴力」，為家庭成員間實施身體、精神或經濟上之騷擾、控制、脅迫或其他不法侵害之行為；又所稱之「家庭暴力罪」，謂家庭成員間故意實施家庭暴力行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款、第2款分別定有明文。被告於行為時為A女及B男之姨丈，其等間具有三親等之旁系姻親關係，為家庭暴力防治法第3條第4款所定之家庭成員關係，被告對A女及B男所為，均係家庭成員間故意實施不法侵害行為，成立兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪名，雖亦該當家庭暴力防治法所稱之家庭暴力罪，惟因家庭暴力防治法就家庭暴力罪並無另外科處刑罰之規定，是以僅依兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定予以論罪科刑即可。

㈡數罪併罰：

被告所犯上開2罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。至公訴意旨雖認被告所為竊錄行為，具有時間及空間上密接關係，主觀上顯係基於一貫之犯意，應論以接續犯之一罪云云。然被告於本件係對不同之被害人而犯，並非侵害同一法益，且其先後犯罪時間亦有差異，在刑法評價上即各具獨立性，自應分論併罰，而無論以接續犯之餘地，是公訴意旨此節所認，容非可採。

㈢本件不符合加重其刑之說明：

成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定，兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項定有明文。本件被告為成年人，故意對兒童即A女、B男犯以違反本人意願之方法使兒童被拍攝猥褻行為影片罪，因該罪名已明定被害人身分

為兒童，自屬針對兒童及少年為被害人所定之特別處罰規定，揆諸兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書規定，自毋庸加重其刑。

㈣刑之減輕：

按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，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，認為即使宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。而刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無顯可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等），以為判斷。經查，被告為本件犯行固甚有不該，然其於行為時並無前科紀錄，此有本院被告前案紀錄表在卷可考，素行應非不良，而其係出於間接故意，並非出於直接故意，主觀惡性上非無輕重之別，且其所偷拍之猥褻行為影片，亦查無流入市面或對外散布之情形，客觀上所造成之損害幸未進一步擴大，嗣其於原審及本院審理時均已能坦承犯行，正視己非，並表達知錯之意，而被害人A女、B男皆未對被告提起告訴，復於偵查中具狀撤回告訴及表明不再追究之意，有刑事撤回告訴狀在卷可稽（見109年度偵字第12730號卷第49頁、109年度偵字第13125號卷第27頁），顯見被告犯後具有真摯悔意，態度良好，且已獲得A女及B男之諒解，以其情節論，惡性尚非重大不赦，若以兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項所規定之法定最低度刑而科處有期徒刑7年，實屬情輕法重，在客觀上應足以引起一般之同情，尚有堪資憫恕之處，本院認依其情狀處以相當之有期徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的，爰適用刑法第59條之規定，均酌量減輕其刑。

三、撤銷改判之理由

原審未就卷內全部證據資料詳予勾稽，遽以被告此部分被訴之犯罪不能證明，而就此部分為被告無罪之諭知，於法容有未合。檢察官執此提起上訴，指摘原判決不當，為有理由，自應由本院將原判決關於被告無罪部分予以撤銷，另為適法判決。

四、自為科刑及沒收之說明

㈠科刑部分：

本院以行為人之責任為基礎，審酌被告為被害人A女及B男之姨丈，理應嚴守人倫分際及善盡對兒童保護之責，詎其不思此為，竟無視法律之嚴厲禁制，罔顧兒童人格之健全發展及心靈感受，擅自在家中共用之浴廁內裝設針孔攝影機，先後偷拍A女沐浴及B男如廁之影片，要為社會道德、法理所嚴重不容，其主觀惡性及客觀情節均至甚可議，而其縱非基於直接故意而為本件犯行，但仍有間接故意，自無從阻免其犯行之成立，其所為自應分別受有相當程度之刑事非難；另考量被告於行為時並無前科紀錄，素行應非不良，而其係出於間接故意，並非出於直接故意，主觀惡性上非無輕重之別，其所偷拍之猥褻行為影片，亦查無流入市面或對外散布之情形，客觀上所造成之損害幸未進一步擴大，嗣其於原審及本院審理時均已能坦承犯行，正視己非，表達知錯之意，被害人A女、B男亦皆未對被告提起告訴，復於偵查中具狀撤回告訴及表明不再追究之意，顯見被告犯後具有真摯悔意，態度良好，並已獲得A女及B男之諒解，兼衡其犯罪之動機、目的、手段、高中畢業之智識程度、從事作業員之工作、月入約新臺幣4萬元、現已離婚、育有1名未成年子女、自己獨居之生活狀況（以上見本院卷第69頁）等一切情狀，酌情分別量處如主文欄第2項所示之刑，並定其應執行之刑。

㈡沒收與否之說明：

查警方於被告上開住處所扣得之針孔攝影機鏡頭、記憶卡、記憶卡插槽、行動電源、電線等物，雖係供本件犯罪所用之物，依兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項規定，不問

屬於被告與否，本應宣告沒收。然該等物品業經原審於被告對陳宜君之妨害秘密案件中，以110年度訴字第395號判決宣告沒收確定在案，實無再重複諭知沒收之必要，欠缺刑法上之重要性，依刑法第38條之2第2項規定，不再於本件宣告沒收。

五、緩刑與否之說明

按受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有刑法第74條第1項所列2款情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告2年以上5年以下之緩刑，同法第74條第1項定有明文。故緩刑之要件，必須係受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告者，始足當之。倘所受之宣告刑逾有期徒刑2年者，即無宣告緩刑之餘地。本件被告所犯各罪所受之宣告刑均為有期徒刑3年6月，並定應執行有期徒刑3年8月，已逾有期徒刑2年，依法自無從宣告緩刑，故辯護人另請求宣告緩刑，委非可採。

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，兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項，刑法第11條前段、第51條第5款、第59條，判決如主文。

本案經檢察官鄭潔如提起公訴，檢察官郭季青提起上訴，由檢察官邱美育到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　4　　月　　14　　日

刑事第九庭　審判長法　官　潘翠雪

法　官　陳俞婷

法　官　陳信旗

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，其未敘述上訴之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　董佳貞

中　　華　　民　　國　　111　　年　　4　　月　　14　　日

附表：

編號	影片檔案名稱
一	1.0000-00-00 00 00 00-A. avi 2.0000-00-00 00 00 00-A. avi 3.0000-00-00 00 00 00-A. avi 4.0000-00-00 00 00 00-A. avi 5.0000-00-00 00 00 00-A. avi 6.0000-00-00 00 00 00-A. avi
二	1.0000-00-00 00 00 00-A. avi 2.0000-00-00 00 00 00-A. avi

附錄法條全文：

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、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，處三年以上七年以下有期徒刑，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、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。

第一項至第四項之物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。