臺灣高等法院刑事判決

112年度上訴字第5688號

上　訴　人
即　被　告　蕭君宜

選任辯護人　何思瑩律師
　　姚本仁律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣臺北地方法院110年度訴字第238號、111年度訴字第93號，中華民國112年10月11日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署109年度偵字第31250號及追加起訴案號：同署110年度偵字第35917號），本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

蕭君宜犯如附表一「本院主文」欄所示之罪，各處如附表一編號1、2「本院主文」欄所示之刑，應執行有期徒刑拾壹月。

其餘被訴部分無罪。

如附表二所示之物均沒收。

事　實

一、蕭君宜自民國99年11月1日至109年9月30日間，於中華文化社會福利事業基金會兒童福利中心（下稱兒福中心）下所設育幼家庭（下稱育幼家庭）擔任生活輔導員，負責照護育幼家庭內院童生活起居之工作。乙童(卷內代號AW000-S109110006、95年2月生)、丁童(卷內代號AW000-S109110008、93年11月生)、庚童(卷內代號AW000-S110020003、A、94年11月生)、辛童（卷內代號C、94年5月生），於104年1月至105年6月間，分別曾在育幼家庭404、405小家生活，固定或短期由蕭君宜負責照護之兒童。詎蕭君宜於擔任系爭兒童主要照護

人員期間，明知系爭兒童斯時年紀均僅為7歲至11歲之兒童，竟利用行使照護人員職務之便，於104年1月至6月間某日大掃除完後，在育幼家庭405家浴室內，先要求乙童、丁童、庚童、辛童(辛童部份，未據告訴，詳下述不另為不受理之諭知)4人一同共浴，復在未經乙童、丁童、庚童事前或事後同意下，在洗浴過程中未注意之際，無故持扣案如附表二編號2所示之iPhone5手機（下稱iPhone5手機），以照相方式竊錄非公開活動及身體隱私部位之裸露全身合照6張，於同年不詳時間，基於製造竊錄他人非公開活動及身體隱私部位內容之犯意，傳輸存取在附表二編號1所示筆記型電腦D槽「2015-06」資料夾，以此方式製造其竊錄乙童、丁童、庚童非公開活動及身體隱私部位之影像(下稱「乙童等4人洗澡照片」)。

二、蕭君宜另於101年3月1日某時，在育幼家庭小家浴室內，A童（95年4月生）在育幼家庭內接受夜間照護時，明知A童當時未滿7歲，尚未形成、發展隱私權期待，無從表示同意之能力，於A童在浴室脫衣未注意之際，無故持型號不明之行動電話，以照相方式竊錄A童以衣物包覆頭部及全臉之非公開活動及裸露身體隱私部位照片2張。復於同年不詳時間，基於製造竊錄他人非公開活動及身體隱私部位內容之犯意，傳輸儲存其持用如附表二編號3所示隨身硬碟（TRANSCEND300G）內「生活紀錄2012年3.4月0301○洗澡」資料夾(○名稱詳卷)，以此方式製造其竊錄A童非公開活動及身體隱私部位之影像(下稱「A童照片」)。

理　由

甲、有罪部分

壹、程序部分

㈠、本判決其餘後述關於被告以外之人於審判外之陳述（含彼此及書面陳述），檢察官、被告及辯護人於本院準備程序不爭執有證據能力（本院卷二第9頁）或於本院程序未聲明異議。本院審酌上開證據資料作成時之情況，尚無違法、不當

或外部環境造成顯不可信之情況，認以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5 規定，應認該等陳述證據均有證據能力。

㈡、被告及辯護人爭執證人A(94年9月生，詳卷內真實姓名年籍對照表)於警詢及偵訊時之證據能力（本院卷一第579-583頁、卷三第292頁），本院審酌證人A於本案偵查中所為之證述並無顯有不可信之情況，依刑事訴訟法第159條之1規定，其於偵查中之證述具有證據能力，且被告及辯護人於本院審理時僅聲請傳喚證人辛童，並未聲請傳喚證人A到庭(本院卷三第147、300頁)，被告自行放棄對質詰問之訴訟權，是上開證人A於本案偵查中所為之陳述，得採為證據。至於上開證人A於警詢之陳述，未採為認定被告之論罪證據，不再論述其證據能力。

㈢、其餘非供述證據（書、物證），未經檢察官、被告及辯護人爭執，且無事證足認有違背法定程序或經偽造、變造所取得等證據排除之情事，復經本院踐行審理之調查程序，亦均具有證據能力。至於被告及辯護人爭執之5項文書證據(臺北市政府社會局110年9月9日函附調查報告1份、110年7月12日甲乙丙丁戊己庚童等7人受案評估資料、裁處書相關報告；臺北市政府婦幼警察隊偵查報告、性侵害案件通報表等，詳參本院卷一第581至583頁)均未引用為本案證據，不再論述證據能力。

㈣、依兒童及少年福利與權益保障法第112 條第2 項規定「對於兒童及少年犯罪者，主管機關得獨立告訴。」。刑事訴訟法第237條第1項固規定告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於6個月內為之。然此所謂之「**知悉犯人」係指得為告訴人之人確知犯人之犯罪行為而言，以其主觀為標準，且其知悉必須達於確信之程度，故若事涉曖昧，雖有懷疑未得實證，因而遲疑未告，其告訴期間並不進行**。從而如初意疑其有此犯行，而未得確實證據，及發見確實證據，始行告訴，則不得以告訴人前此之遲疑，未經申

告，遂謂告訴為逾越法定期間（最高法院71年度台上字第6590號判決參照）。

1.查本件事實欄一部分，係依109年9月30日性侵害案件通報表，由臺北市政府社會局接獲通報，於109年11月4日函請臺北市政府警察局婦幼警察隊調查，有臺北市政府社會局函文及婦幼警察隊偵查報告在卷可憑(他13136不公開卷第3-15頁)，被害乙童於109年11月6日警詢時稱被被告拍照一次，時間忘記了，沒有看過照片，當時沒有反應因為沒有想到等語(偵31250卷第411-413頁)，被害丁童於109年11月6日警詢時稱：我記得被告有拍我們洗澡的照片，被告有拿給我手機相簿給我看，我沒有跟院方反應等語(偵31250卷第425-427頁)，事後乙童部分由新北市政府社會局於110年2月25日向檢察官發函提出獨立告訴(偵31250卷第341頁)。被害丁童由桃園市政府社會局於110年1月29日發函向檢察官提出告訴(偵31250卷第225頁)。庚童在110年2月4日警詢稱：忘記被拍攝時間，且沒有看過裸露影像等語，於同日檢察官訊問時始能確認被告事實欄一所示扣案之製造、竊錄照片所為犯行而提出告訴(偵31250卷第241、439頁)，可見被害兒童係因警員進行調查後，始能依其記憶確認知悉被告之竊錄行為，是上開獨立告訴及庚童提出告訴並未逾越法定告訴期間。

2.事實欄二部分，告訴人A童於110年8月5日警詢時稱(問警方提供在蕭君宜持用之隨身硬碟中發現的照片4幀，相片當中的女童是否為你？如何確定?)我對於拍攝的過程沒什麼印象了，但從照片中手腕配戴的佛珠可以確定是我（法定代理人從旁有協助確認無誤）(他3605卷第63-64頁)。依前揭說明，告訴人A童係因警方提示110年2月20日扣得隨身硬碟(偵31250度公開卷第283-287頁)，經警勘察發現有儲存A童照片，而提示詢問A童，A童於警詢時始知悉被告有竊錄行為，並於同年10月25日於檢察官訊問時提起本件告訴(他3605卷第203頁)，並未逾越法定告訴期間。先予指明。

貳、認定犯罪事實之證據及理由：

一、訊據被告矢口否認有何犯行，辯稱：針對犯罪事實一那些照片照片是他們大掃除完小孩想要洗澡，我說他們很可愛，小孩請我拍的照片。犯罪事實二是A童洗完澡以後不好好穿衣服裝鬼嚇我，她覺得好玩，我覺得可愛，她想要請我拍下來她想要看看。我拍攝完都有給小朋友看云云(本院卷一第230頁)。辯護人為被告辯護稱：依據最高法院113年度台上字第2162號判決意旨，被告拍攝乙童、丁童、庚童、辛童及A童照片均非院童從事性活動所拍攝，僅是日常生活一般洗澡狀況，筆電D槽在2015-6資料夾下有本件12張(6張重複)乙童、丁童、庚童、辛童洗澡裸照(IMG8076-IMG8711)是被告密集拍照，從照片上院童有笑，有院童手遮生殖器，有露生殖器，有院童看鏡頭可知是被告拍攝生活紀錄並未強迫院童。A童以衣服罩頭扮鬼與被告遊玩，兩部份事實均未有刻意強調性器官或性暗示之情事，與猥褻概念未符，並非實行猥褻行為，主觀上並無拍攝、製造猥褻電子訊號之意，A童2012資料夾修改時間是2012/10/17，可認被告多年未打開觀覽滿足自己性欲之猥褻意思，原審勘驗被告扣案手機、筆電及隨身硬碟照片龐大，高達上萬張(原審不公開卷)，可知被告愛拍攝院童，被告非僅專拍攝本件兒童裸照為之，且筆電內2015-6資料夾，修改時間均係2018/10/5上午10點至11點間，可證係一次備份資料，且被告備份存檔後應無再打開觀覽，均可推知被告不應論以兒童及性交易防制條例之罪，本案縱認被告有構成犯罪，亦應以刑法第315-1條論罪(本院卷三第251-259頁)等語。經查：

㈠、被告於兒福中心育幼家庭擔任生活輔導員，為乙童、丁童、庚童、辛童主要照護人員期間，明知系爭兒童斯時年紀均僅為7歲至11歲，有於事實欄一所示時、地持iPhone5手機在浴室拍攝乙童、丁童、庚童、辛童一同共浴全身裸露(含生殖器)合照影像6張；明知A童當時未滿7歲，有於事實欄二所示時、地，持型號不明之行動電括，拍攝A童以衣物包覆頭部，身體裸露（含性器官）裸露影像2張，隨後存入隨身硬

碟並建立資料夾，為警對被告居所搜索扣得附表二所示之iPhone5手機、筆電、行動硬碟及上開儲存影像，業據被告供承在卷（109他字第3605號不公開卷，下稱他3605卷第881-82頁、訴238卷三第340頁、本院卷三第145-146頁），核與證人乙童、丁童、庚童、辛童、A童於偵查中及原審審理時之證述相符（109偵31250卷，下稱偵卷第123-124、240、254-255、424-425頁、他3605卷第201頁、訴238號卷二第404-406、465-467頁、訴字238卷三第10-13頁），並有扣案之被告持用電腦硬碟勘察路徑截圖1 份、被告持用筆電內兒少影像及照片(IMG8706-IMG8711，有6張IMG8706(1)-IMG.8711(1)重複存取)、原審勘驗筆錄及附圖、隨身硬碟(TRANSCEND300G)內「0301◯洗澡」資料夾內A童照片2張（他3605不公開卷第67-70 、73-78 頁、他13136卷第105-107頁、訴字238卷二不公開卷第69、75、79-86頁、偵31250號不公開卷第289-399頁）附卷可稽，上開事實，首堪認定。

㈡、被告係無故以手機拍照功能竊錄其等非公開活動及身體隱私部位照片：

⑴證人乙童於偵訊時證稱：被告沒有事前徵求同意或事後說明等語(偵31250卷第124頁)。於原審審理時結證稱：被告拍攝在405浴室有我在內的洗澡照片時，並沒有先問，是她自己拍的，拍完也沒有給我看，我對於被告拍我洗澡照片的事覺得不舒服，當下並沒有特別去反應，被告拍照有記憶只有1次等語（見訴238卷二第404-405、408-409、412、414頁）。

⑵證人丁童於偵訊時證稱：被告拍照時沒有表示徵求同意或事後說明，我沒有拒絕，其他人我沒有聽到，因為當時大家都擠在一起洗澡，一片混亂，忙著洗澡，無暇理會她等語(偵31250卷第109頁)。於原審審理時結證稱：我沒有印象被告要拍照前有問過意願，拍照時會擋住生殖器，是我自己擋的，不是被告說的，因為我會害羞被被告拍照當下沒有感受，現在會有點在意，因為當下是沒有穿衣服的等語（見訴238卷

三第11、15、25、26頁）；

⑶證人庚童於偵訊時證稱：過程中我看到她站在浴室門口裡面，門是開的，拿手機站405小家的浴室門口拍照，但我不知道有沒有存起來。這是何時的事情我想不起來，但我記得是夏天某日接近傍晚時。我不知道為何在我們洗澡拍照，我忘記她有沒有在拍之前或過程中說什麼話，她拍完就把門關上讓我們繼續洗，大家洗完就離開做自己的事等語(偵31250卷第240頁)，於原審審理時證稱：沒有印象被告有問我意願，我覺得如果被告拍攝我洗澡的照片流出去，我心裡會很不舒服，被告在拍我們的時候，我有閃躲，覺得很害羞、生殖器會被拍到等語（見訴238卷二第466-468頁）；

⑷證人A童於偵查中及原審審理時證述表示：卷內被告拍我的照片，她拍的時候，我不知道，我沒有印象，在偵查中警察給我看，我才知道有這個照片。我看到被告拍我如扣案的照片，**現在**我覺得不舒服，心裡覺得有被侵犯到，**現在**不會同意被告拍攝等語（見他3605卷第201頁、訴238卷三第344、346、348-349頁）。

⑸又刑法第315之1條所謂「無故」係指欠缺法律上之正當理由而言，而理由是否正當，應依個案之具體情事，參酌生活經驗法則，由客觀事實資為判斷，並應符合立法之本旨，兼衡侵害手段與法益保障之適當性、必要性及比例原則（最高法院109年度台上字第4458號刑事判決意旨參照）。而該條94年2月2日修正理由記載「未得他人同意而任意以工具偷窺或偷錄他人隱私部位，已侵害個人隱私權，如有製造或散布之行為，影響尤為嚴重，應有處罰必要，為避免此種行為是否構成犯罪之疑義，於各款之行為客體增訂『身體隱私部位』以杜爭議。」**是本條之「無故」依立法解釋，包含未經同意為內涵**，且依上述被害兒童之指述，可知被告並未事前告知、取得兒童之同意，事後亦未將其所拍攝照片提供兒童觀看或於其閱覽後刪除，且被害兒童之心理感受均不佳，是被告所辯係由兒童要求並同意拍攝云云，顯不足採。

㈢、乙童等4人洗澡照片及A童照片分別儲存在扣案筆記型電腦D槽「2015-6」資料夾及隨身硬碟「生活紀錄2012年3.4月0301○洗澡」資料之事實，業經原審勘驗無誤，且為被告坦認有備份存檔在卷（見他13136卷第87-88頁、訴238卷三第365-366頁），足以認定被告製造上開竊錄內容。

二、綜上所述，本案事證明確，被告上開二次犯行，洵堪認定，應均予依法論科。

參、論罪科刑

㈠、新舊法比較

1.事實欄一部分

被告行為(104年)後，刑法第315條之2第1項於108年5月29日公布修正，並於同年月31日生效施行。其中第3項部分並無修正，係依第1項之規定處斷。修正該條第1項規定之法定刑為「處5年以下有期徒刑、拘役或科或**併科5萬元以下罰金**」，修正後之法定刑則為「處5年以下有期徒刑、拘役或科或併**科50萬元以下罰金**」，經比較新舊法規定，修正後之新法未較有利於被告。自應依刑法第2條第1項前段規定，**適用被告行為時即修正前刑法第315條之2規定論處**。

2.事實欄二部分

被告行為(101年)後，刑法第315之1條於103年1月15日公布修正，提高罰金刑至30萬元。刑法第315條之2於108年修正，已如前述，經比較新舊法，修正後之新法對被告較為不利，自應適用被告行為時即修正前刑法第315條之1、刑法第315條之2規定。

㈡、罪名

1.按成年人教唆、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2分之1，兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段定有明文。故意對兒童及少年犯罪之加重，係對被害人為兒童及少年之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，則屬刑法分則加重之性質。被告於行為時為成年人；而乙童、

丁童、庚童、A童於案發時均為未滿12歲之兒童，此有代號與真實姓名對照表在卷可佐。

2.核被告所為事實欄一，係犯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1第2款之成年人故意對兒童犯無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪、修正前刑法第315條之2第3項製造竊錄他人非公開活動及身體隱私部位內容罪。

3.核被告所為事實欄二，係犯兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、修正前刑法第315條之1第2款之成年人故意對兒童犯無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪、修正前刑法第315條之2第3項製造竊錄他人非公開活動及身體隱私部位內容罪。

㈢、罪數

1.被告於事實欄一、二，接續以手機照相竊錄乙童、丁童、庚童共6張照片影像，接續以手機照相竊錄A童共2張照片影像，主觀上係出於單一犯意而為之，客觀上係於密切接近之時間及同地實施，所侵害者亦屬同一法益，各舉動之獨立性極為薄弱，依一般社會概念，於時間差距上，難以強行分離，應視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，而論以接續犯之一罪。

2.被告於警詢及原審審理時均供稱：我只有用之前的手機拍過乙童等4人這一次，我只有存放在這筆記型電腦D槽「2015-06」是因為手機相片備份而存入，之後我就沒有理會，含沒換電腦前，將手機內東西備份所以拷貝過去隨身硬碟裡面包含A童照片等語（他13136卷第87-88頁、訴238卷三第365-366頁），故依「罪證有疑利於被告」之原則，當認被告係以竊錄照片後紀錄之單一犯罪決意，最後實現製造竊錄乙童等4人、A童照片內容傳輸儲存在筆記型電腦、隨身硬碟，屬有局部同一之行為，為想像競合犯，從一重論處修正前刑法第315之2第3項之製造竊錄他人非公開活動及身體隱私部位內容罪。

㈣、數罪併罰

被告上開事實欄一、二犯行間，犯意各別、行為互殊，應分論併罰。

㈤、被告事實欄一、二所為，係成年人故意對兒童犯罪，所犯如附表一編號1、2所示之罪，應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定，加重其刑至2分之1。

㈥、變更起訴法條

公訴意旨認事實欄一起訴被告涉犯修正前兒童及少年性交易防制條例第27條第4項以其他違反本人意願之方法，使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為之電子訊號罪。就事實欄二部分追加起訴被告涉犯修正前之兒童及少年性交易防制條例第27條第4項之違反兒童意願使其被**製造**猥褻電子訊號罪嫌。

1.就被告拍攝乙童、丁童、庚童、辛童洗澡照片；A童在浴室內照片是否猥褻行為之電子訊號?

⑴刑事法上一般就「猥褻」行為，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）。法院就猥褻行為之電子訊號圖片為審查時，自應就具體個案中之電子訊號圖片內容與藝術性、醫學性、教育性圖片等物之區別，依該電子訊號圖片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。

⑵觀之卷內被告拍攝之照片所示

①乙童等洗澡照片6張客觀上所示，其等4人單純全身裸露(尚未出現第二性徵)站在淋浴間洗頭(頭上均有泡沫)洗澡，表情嘻笑、肢體動作自然，乙童、庚童及丁童有用手部遮檔生殖器，乙童、丁童手移開有露出生殖器，辛童手持蓮蓬頭遮住生殖器，呈現4名兒童站在淋浴間洗澡之情境。

②卷內A童照片2張則係A童站在浴室脫衣之際，以衣物包覆頭

部及遮住全臉，雙手上舉擺出欲嚇人的動作，其所裸露(未出現第二性特徵)身體隱私部位影像昏暗而模糊。

③對於**尚未出現性特徵**之兒童，以社會通念來看，上開兒童之動作為日常生活舉止(洗澡、更衣或遊戲)，並無擺出任何呈現與性相關姿態、性暗示或客觀上足以引起性慾或羞恥之行為，從拍攝內容、拍攝角度及拍攝的部位（拍攝將全身均入鏡，並無刻意凸顯、聚焦身體隱私部位或性器特寫拍攝）、照片畫面的情境及單純裸露身體影像，本案照片在客觀上是否有令人引起、刺激或滿足性慾、引起羞恥、厭惡感之有礙風化，實非無疑，尚難認該當兒童色情之「猥褻」照片。

2.綜合以下證人證述及客觀事證，輔以經驗法則及論理法則進行推論被告主觀上的意念，不應理解為「性影像」。

⑴**刑法112年2月8日修正公布條文第10條第8項**之修正理由，則闡明：第2款所稱「性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」，指該身體隱私部位，依一般通常社會觀念足以引起性慾或羞恥而言，例如臀部、肛門等。第3款(略)。第4款規定「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(下稱性影像)。

⑵證人乙童於偵訊時及原審審理時證稱：小學三、四年級認識被告，被告在一群小孩洗澡時，她沒有問意願，就自己要拍，乙童等洗澡照片，我是最左邊第一個人，左邊第二位是庚童，左邊數來第3位是辛童，最右邊的人是丁童，**當下被拍攝時沒有什麼想法，也沒有特別去反應，因**為我覺得被告把手機內照片給其他院生看，讓這件事傳出後我們才知道很誇張，而感受不舒服等語(偵31250卷第124-125頁，訴字卷二第404-407頁)。

⑶證人丁童於①偵訊時證稱：被告說這樣比較快，所以叫我們一起洗。全部人洗澡，門開的，蕭坐在門口，用手機對我們拍照，錄影我不確定，這是在蕭帶我們的那兩年都有，就**是我4、5年級時。她拍的時候就一起笑，好像瘋子**。我不知道她拍多久，**我就是洗澡**，我是在被告滑手機看我們照片的時候，不小心滑到的，**她就給我們看，然後會笑，好像同學看到醜照嘲笑的感覺**。我看到一兩張，就是一群人一起洗澡的照片，裡面有我，**被告有說留紀念**等語(偵卷第107-109頁)，②於原審審理時證稱：是被告自己要拍的，照片裡最右邊是我，最左邊是乙童，左二是庚童，右二是辛童獨照也是他。被拍當下是沒有感受，生殖器我自己的部分是有擋住，現在(指作證時)其實會有點在意，因為當下是沒有穿衣服的樣子。基本上是很多人一起洗她才會拍照，**被告沒有要求我們擺出特別的姿勢，她在小家的客廳裡好像有拿給我看過這些洗澡的照片，乙童有看過這些裸照等語**(訴字卷三第13、15、18頁)。

⑷證人辛童於偵訊時證稱(原審及本院審理中傳拘未到)：我進中心就認識她，我跟她關係很好，最近沒有聯絡，因為有看到媒體的報導，認為上面有一些情節我自己沒有經歷過，我感到很意外，我小三、小四時有1、2次，很急的時候，被告有要求院童一起洗澡，比如中心有辦活動，被告提出建議，**我記得我是說好**，其它人我沒有印象，被告跟我跟丁是最好的，**我覺得被告拍這些照片應該就是想記錄生活**，我記得我們過去跟被告的相處，小時候會覺得她很機車，但長大後想一想覺得她是在幫助我們等語(偵31250卷253-256頁)。

⑸證人庚童於①偵訊時證稱：我在國小三年級認識被告，感情算很好，應該是大掃除完，被告叫我們一起洗澡，除這次外我印象中沒有再一起洗澡，本件洗澡照片中我站在最後排，被告拍洗澡照片沒有違反我的意願，**那時大家就嘻嘻哈哈，現在**想起來覺得不大對勁，且覺得噁心為什麼留這些照片，還傳出去感覺不受尊重，這不影響我在中心跟被告感

情很好一事，因為這是離院前的事等語(偵31250卷第239-241頁)，②原審審理時證稱：被告叫我們一起洗澡可能節省時間，被告用手機拍照沒有印象有問過我意願，當時大家嘻嘻哈哈可能大家覺得好玩，被告沒有表示不拍照要對我們不利或處罰我們等語(訴238卷二第465-470頁)。

⑹告訴人A童於偵訊及原審審理時證稱：當時6歲，不記得被告拍照片，也沒有看過照片，我對這件事情沒有印象，我只記得被告我只記得他有在中心跟我自拍過，但地點應該是客廳吧，我記得他會送我去學校等語(他3605卷第202-203頁、訴238卷三第341-343頁)。

⑺在兒童或少年進入青春期之前，單純的裸露身體隱私部位，由於尚未出現「性特徵」，以社會通念來看，猶如歐美常見的尿尿小童雕像或天使雕像，意味著可愛、純潔，而不會直接將尚未開始出現性特徵的兒童之身體，聯想成「客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」。從而，父母或祖父母於兒童洗澡、游泳時，拍攝兒童裸露生殖器或身體隱私部位之照片，在社會通念上，亦不會將父母視為犯罪人，而將此等拍攝或攝錄行為，視為侵害兒童性隱私的犯罪行為。大多數家長可能會意識到，這種兒童裸露的照片，或許是一種成長過程的留念，但亦不應進一步展示在社群網站上供人觀覽(參閱王皇玉，臺大法律系特聘教授，114年度台上大字第1405號裁定鑑定意見)。

⑻從而系爭照片固然有拍攝乙童、丁童、庚童、辛童在浴室內非公開活動之洗澡照片或A童脫衣裸露身體照片，**而侵害其個人隱私之妨害秘密行為，然被告並非靜態拍攝特寫其等性器或身體隱私部位照片，綜合相關證人證述及客觀事證所示，被告拍攝當下的情境、行為脈絡及拍攝後與系爭兒童互動及反應並沒有發生與性相關的異常舉措，難認其係出於侵害兒童性隱私或誘發對兒童色情圖片有欲望刺激之關聯性**，業經原審勘驗扣案之手機、筆記型電腦及行動硬碟，確有大量拍攝其與院內院童間生活互動之合照(訴字238

不公開卷第2-77頁），參酌除系爭照片外，本案並查無其他以性器官為拍照構圖重點、侵犯兒童之猥褻照片、影片或有何其他對兒童採取實際與性相關行動之言行舉止，業據①證人即時任心理輔導員余姿儀於原審審理時證稱：沒有院童反應被告不當對待或洗澡拍裸照，本案院童與被告互動蠻好的、孩子願意跟被告講心事(訴238卷三第140、143頁)；②證人即時任保育員曾馨慧於本院審理時證述被告與院童關係一般都很和樂，沒有院童反應有不當管教或強迫拍裸照等語(本院卷二第140-141頁)；③證人即時任兒福中心人員鄭婷瑄於本院審理時證稱：本案男童是在事情爆發之後只有跟我說「蕭蕭的事」學校要請假，小孩沒有跟我反應被告有不當管教，本案都是董培貞告訴我的等語在卷(本院卷二第151、153頁)。綜上，被告所辯是生活紀錄並提出大量與院童生活照，主張系爭照片非為滿足個人性慾等語，尚非無稽。

3.綜上，被告以上開方式無故拍攝之畫面，雖屬系爭兒童個人之身體隱私部位，然與兒童及少年性交易防制條例第27條之客體「猥褻行為之電子訊號」、刑法第319條之1第1項之「性影像」之構成要件有間，自難以該等罪名相繩；前開公訴意旨容有未洽。惟因基本社會事實同一，且本院於審理時被告、辯護人已就此妨害秘密罪名行使訴訟防禦權（本院卷三第251-265、304-305頁），爰依法變更起訴法條。

肆、撤銷原判決之理由

一、原審據以論科，雖非無見。惟查：

㈠、本案起訴書已記載「被告擅自拍攝扣案如附表編號5所示含有4人裸露全身包含生殖器之核照影像電子訊號6張」，證據清單欄編號8記載「扣案如附表所示手機2台、筆記型電腦1台、隨身硬碟1個，暨分別自上開扣案物內，擷取之影像共18張」，原審就此調查並勘驗上開扣案物並擷圖影像在卷(訴238不公開卷二第80-86頁)，為被告及辯護人所不爭執，此部份被告確於不詳時間有將乙童等4人洗澡照片傳輸存取在附表二編號1所示筆記型電腦以此方式製造其竊錄乙童、丁

童、庚童非公開活動及身體隱私部位之影像(6張IMG8076-IMG8711，另6張重複存取)與檢察官起訴涉犯使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為之電子訊號罪部分有想像競合犯之裁判上一罪關係，均為起訴效力所及，本諸審判不可分，應併予審理，原審未及審酌此部分擴張之犯罪事實，致事實認定欠當。

㈡、原審對被告所為適用行為時法即106年1月1日修正施行前兒童及少年性交易防制條例第27條第4項之規定論處，雖然判決已提出其論述的理由及憑據。但由前述說明可知，被告所為是從一重論處修正前刑法第315條之2第3項之製造竊錄他人非公開活動內容罪。原審適用法律，核有違誤。被告上訴意旨雖主張無罪，或縱認構成犯罪，應以兒童及少年性交易防制條例第27條第1項之罪(本院卷三第321頁)或刑法第315之1條罪指摘原審判決法律適用有誤，查事實欄一部分被告及辯護人均坦認被告有備份存取在筆記型電腦之事實，已如前述，原審漏未適用**製造**竊錄他人非公開活動及身體隱私部位內容罪部分，本院基於審判不可分、證據共通前提下，業予檢察官及辯護人就**主張**法律適用予以辯論之機會(本院卷三第303-316頁)，並無損及當事人訴訟權，被告上訴指摘原判決論罪科刑部分不當，即有理由。被告否認犯行，固無足取，原判決既有上揭可議之處，自應由本院併同所定應執行部份予以撤銷改判。

㈢、量刑審酌之理由

爰以行為人之責任為基礎，審酌被告時任育幼家庭輔導員，照顧院童生活起居，卻忽視法律對兒童身體隱私權之保護，為圖一己紀錄之私慾，濫用院童對被告之信任，率爾以附表二編號2所示iPhone5手機照相竊錄乙童等4人非公開活動、身體隱私部位及不詳手機照像竊錄A童非公開活動及身體隱私部位，侵害兒童個人隱私，造成兒童感受難堪、羞憤暨害怕照片有外流之風險等精神上痛苦，其行為實值非難；且迄與告訴人庚童和解，適時填補庚童所受損害(本院卷一第245

頁)之犯後態度，告訴人新北市政府社會局114年12月31日函覆乙童及法定代理人無意願出庭表示意見(本院卷三第277頁)；及告訴人A童表達較強烈的不舒服感(訴238卷三第348頁)、告訴人庚童請求對被告從輕量刑(本院卷一第245頁)及被害丁童表示依法處理(訴238卷三第29頁)等意見，兼衡被告本案之犯罪動機、手段、情節暨被告自陳之大學畢業教育程度、家庭經濟狀況（本院卷三第317頁），無前科紀錄之素行尚可等一切情狀，分別量處如主文欄第二項所示之刑，共2罪(惟被告所犯之成年人故意對少年犯製造竊錄非公開活動及身體隱私部位罪，有期徒刑部分之法定刑為5年以下、2月以上，經依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段加重其刑至2分之1後，依刑法第41條第1項自不得諭知易科罰金折算標準，得依刑法第41條第3項聲請易服社會勞動，附此敘明)。

㈣、被告所犯如附表一編號1、2之犯行，既均經本院撤銷改判有期徒刑6月，本院基於罪責相當之要求，於刑法第51條第5款所定之外部性界限內，綜合評價被告所犯上開各罪之類型、關係、法益侵害之整體效果，考量犯罪人之個人特質，及以比例原則、平等原則、罪責相當原則、重複評價禁止原則為內涵之內部性界限，為適度反應被告整體犯罪行為之不法與罪責程度，有無與告訴人和解及對其施以矯正之必要性及復歸社會之可能性，定其應執行刑如主文第二項所示。

二、沒收之說明

㈠、按犯刑法第315條之1、第315條之2竊錄內容之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之，刑法第315條之3定有明文，且此規定應屬刑法第38條第2項後段之特別規定，應優先適用。扣案如附表二編號2所示iPhone5手機1支所拍攝乙童等4人照片，附表二編號1筆記型電腦(偵31250卷不公開卷第389-395頁)，為被告所有用以儲存備份手機資料含拍攝乙童、丁童、庚童、辛童照片，編號3隨身硬碟裡面有包含A童照片，此經被告於警詢及原審審理時所自承(他13136卷第86

-87頁、訴238卷三第365-366頁、訴字93號卷第381-382頁），且經原審勘驗在卷（訴238卷二不公開卷第80-86頁），是該附表二編號1至3屬製造竊錄本案兒童非公開活動及身體隱私部位內容之附著物及物品（偵31250卷不公開卷第287-292、395-399頁），應依刑法第315條之3規定沒收之。其中被告所竊錄乙童等4人及A童之非公開活動內容及身體隱私部位之照片影像，均為上開沒收效力所及，自無再為沒收之實益與必要，併此敘明。另被告使用拍攝A童之不詳型號行動電話未據扣案，被告雖稱已丟棄且A童照片已備份在隨身硬碟，仍應適用刑法第315條之3規定宣告沒收。

㈡、被告否認有用扣案之iPhone7PLUS手機1支（含SIM卡1張MEI：000000000000000SIM卡門號：0000000000）犯罪使用（訴238卷三第368頁），亦無證據證明其內存有本案竊錄照片，即不宣告沒收。

伍、不另為不受理諭知部分（所涉事實欄一對辛童部分）

一、按告訴或請求乃論之罪，未經告訴者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第303條第3款定有明文。單一性案件有起訴不可分、審判不可分及上訴不可分諸原則之適用，而法院審判案件認定事實是否具有不可分關係之單一性，並不受檢察官（或自訴人）起訴或上訴書狀見解之拘束，又實質上或裁判上一罪之案件，刑罰權祇有一個，在訴訟上不得分割為數個訴訟客體。故其犯罪事實之一部為有罪之判決，而就構成一罪之其他部分，認為犯罪不能證明或欠缺追訴條件者，僅於判決理由內說明即可，不另於主文為無罪或不受理判決之諭知（最高法院98年度台上字第5840號判決意旨參照）。

二、如前所述，被告就其本案事實欄一所為，屬接續犯之實質上一罪，而係構成刑法第315條之1第2款或第315條之2之罪，依同法第319條規定，須告訴乃論，而**被害人辛既未提出告訴**（偵31250卷第253-256、351-352頁）**欠缺訴追條件**，依上開說明，就此部分自應不另為不受理之判決。

乙、無罪部分

壹、公訴意旨略以：㈠於105年間7月前之某不詳時間，在育幼家庭404家浴室內，先要求甲童(95年11月生)、乙童(95年2月生)、丙童(98年4月生)、丁童(93年11月生)、戊童(98年4月生)一同共浴，且不得閉門，復在未經5人事前或事後同意下，趁5人洗浴之際，突持iPhone5手機，坐在浴室門口，擅自拍攝數目不詳，內容為含有5人全身裸露包括生殖器之洗浴影像(下稱甲童等5人洗澡照片)。㈡又於105年間7月前之某不詳時間，在育幼家庭404家浴室內，先要求丁、己、辛一同共浴，復在未經丁、己、辛3人事前或事後同意下，在洗浴尚未完成時，擅自進入浴室內，突持iPhone5手機，拍攝數目不詳，內容為含有3人裸露全身包括生殖器之合照影像(下稱丁童等3人洗澡照片)。因認均係犯修正前兒童及少年性交易防制條例第27條第4項之以其他違反本人意願之方法，使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為之電子訊號罪嫌。

貳、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在而無從使事實審法院得有罪之確信時，即應由法院為諭知被告無罪之判決（最高法院76年台上字第4986號判例意旨參照）。又檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知（最高法院92年台上字第128號判例意旨參照）。

參、公訴意旨認犯罪**事實一㈡、㈢**均係犯修正前兒童及少年性交易防制條例第27條第4項之以其他違反本人意願之方法，使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為之電子訊號罪嫌無非係以所

涉兒童洗浴影像，雖未據扣案，且被告亦否認有此等影像存在，惟被告曾於擔任育幼家庭404小家生活輔導員時，要求當時小家所屬院童，在404小家浴室共浴，並藉機於院童洗浴時，未經院童同意持手機拍攝裸體影像等情，分別業據證人即被害人、丙、丁、己、辛於警詢、偵查中指訴、證述甚詳，並與被害人甲、乙、丁、戊分別於另案警詢及本案警詢、偵查中；證人A、B、董培貞於偵查中證述之情節、斯時育幼家庭之分家狀況，客觀上足以相互勾稽、補強。且被告於偵查中亦自承，伊與育幼家庭院童關係密切，並無何仇怨，足見渠等所述情節具相當可信性，並非憑空捏造為其論據。經查：

一、甲童等5人洗澡照片

㈠、證人甲童於偵訊及原審審理時證稱：三年級時，我們有一群小孩洗澡時候，被告拿椅子坐在門口看，才會用手機拍照，被告有拍3次，當時大家就各自洗各自的。洗的時候，蕭沒有要求遮掩生殖器或要求看鏡頭**事後我沒有看過照片，是後面被告帶的少女說被告拿我們洗澡的照片給他們看才跟我們講**等語(偵31250卷第118頁、訴238卷二第351-353頁)。於原審審理時又證稱：其他家的女生**沒有說照片裡面有誰**被拍裸照(訴238卷二第359頁)，可見甲童雖認被告有對伊等拍照，但未親見照片內容，事後聽聞被告將院童洗澡照片給他人閱覽，該手機內照片裡是否有甲童尚非無疑。

㈡、證人乙童於偵詢及審理時證稱：我記得除了大掃除那一次外，沒有一起洗過，我自己看到照片好像還有甲、丙、丁、戊一起洗澡的照片，應該是在405浴室(偵31250卷第124頁)，然證人乙所述被告僅拍攝一次一起洗澡照片且係在405浴室則應係其與丁童、庚童、辛童如事實欄一所扣得之乙童等4人照片影像，已如前述，則其證述所述非無混淆照片內容記憶可能。

㈢、證人丙童於偵訊及原審審理時固證稱：有與甲童、乙童、丁童、戊童共浴，我有看過她拍我們的照片，有看到我的影像

等語，然經提示扣案之乙童等4人洗澡照片檔案，其仍證述IMG-8706(1)**最左邊是我**等語，然此部份照片業經本院認定係乙童即丙男之胞兄，據此，證人丙童所稱看見之照片影像，**有無可能誤認乙童為自己**，非無疑問。

㈣、證人丁童於原審審理時則證稱：有甲童、丙童、戊童的部分，我有點不清楚了，就是現在忘記了確定有1次，但有沒有2次以上我已經忘記了，一起洗的地點是405廁所等語(訴238卷三第13、16、22頁)。此僅能證明有前述乙童等4人洗澡照片，是否能證明另有甲、乙、丙、丁、戊童共浴照片或丁、己、辛童共浴照片實非無疑。

㈤、證人戊童偵訊時證稱：（問：你怎麼知道有在拍？）聽別人告訴我。警詢所稱有看到蕭蕭阿姨坐門口拍照，我記不太得這件事。沒有看過洗澡照片等語(偵31250卷第95-96頁)，於原審審理時證稱：我當時7歲，有印象蕭蕭阿姨手機拿出來朝我這邊拍，忘記跟那些院童一起洗澡在405浴室，她就會幫我們拍照，我沒有向外界反應等語(訴238卷二第447、450、453頁)，基此證人所述究是基於他人傳述或係基於自身親身經歷已有疑問。

㈥、證人A於110年偵訊時證稱：109年有服用藥物，有時會出現記憶混亂狀況，被告是108年6月帶我，我記憶比較模糊一點，因當時是被告滑照片時，我在旁邊看到的，我記得我看到的是他們甲、乙、丙、丁、戊童一起洗澡的照片，應該是404家浴室當時看到一片肉色的照片，但沒看清楚，因為被告滑得很快，當時在看的方式是用相簿總覽的方式。上開照片沒有被點開，但有人問怎麼有這些照片，被告說是之前小男生的，說我們不能看，不記得看到幾張，**是警察拿手機相簿幫我估算出來的**，跟我的記憶與扣案照片不一樣等語（偵31250卷167-170頁），經查本件扣案乙童等4人洗澡照片檔有12張，其中6張重複存檔已如前述，證人所述印象中甲童等五人洗澡照片有無可能與扣案乙童、丁童、庚童、辛童之照片有所混淆(均有乙童及丁童)非無疑問。

二、丁童等3人洗澡照片

㈠、證人己童於偵訊及原審審理時證稱：應該是二年級時，有一次分家過去，被告不是我的主責阿姨，當時跟辛童、丁童一起洗澡，因為那時候是開心的所以就記起來，只有被拍那一次，看到被告拿手機拍我們，但沒有看過照片等語(訴238卷二第376、380頁)。

㈡、證人辛童於偵訊時證稱(經本院傳拘未到)：蕭蕭阿姨主責是我小三到小五，約103年時開始，我那時待過404、405家。扣案乙童等4人照片是在405浴室，被告讓我們一起洗澡時候拍的，被告讓我們一起洗澡，我記得我是說好，其他人我沒印象，當時為何拍及怎麼有拍這些照片我也忘了。沒印象有見過或聽被告有拍我們洗澡的照片等語(偵31250卷第254-255頁)，則被告是否還有拍攝丁、己、辛童共浴照片，互核證人間證述實有歧異。

㈢、證人B於偵訊及原審審理時證稱：我有看過丁、己、辛童在405浴室拍的，我看到被告拿手機對著廁所，坐在浴室外面面朝浴室嘻嘻哈哈，己沒穿衣服，站在中間以手遮下體，其他二人站旁邊，己好像笑得很開心，當時被告拿手機給大家看，看完後我有跟丁講，丁有生氣為何沒經過同意給女生家看等語(偵31250卷第174-175頁、訴238卷二第477、479)，然證人丁童於原審審理時證述其對於有無與己童及辛童一起洗澡而被被告拍照之情事均證稱忘記了等語(訴238卷三第14頁)。

㈣、至於證人董培貞(時任兒福中心生輔員)、葉政長(時任兒福中心主任)、陳拱川(時任兒福中心課輔志工老師)、黃瓊慧(時任兒福中心育幼家庭組長)等證詞，係於108年10月於兩性課程中，甲童反應被拍照後，經兒福中心內部調查被告及詢問院同童被告有何拍攝洗澡照片等情，其等並非實際親見經歷或看過被告有拍攝本件兒童洗澡照片之證人，尚難其等證詞證明被告確有公訴意旨㈠拍攝甲、乙、丙、丁、戊童、㈡拍攝丁、己、辛童猥褻行為電子訊號之犯行。參以被告始

終堅詞否認有拍攝上開洗澡照片，且本案所扣得之筆記型電腦、隨身硬碟或手機均沒有查獲上開照片影像，是尚難僅憑證人間有出入的證述認定被告此部分犯行。

三、綜上所述，檢察官所舉之證據，均尚未達於通常一般之人均可得確信而無合理之懷疑存在之程度，無法使本院形成被告就公訴意旨有罪之確信心證，即不能證明此部分犯罪，揆諸前揭說明，自應就此部分為無罪之諭知。

肆、撤銷改判之理由

原審未予詳酌上情，逕對被告就此部分為有罪之諭知容有未洽。被告就此部分提起上訴，指摘原判決不當，均為有理由，自應由本院將原判決關於附表一編號2、3之罪刑撤銷，另均為無罪之諭知。

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、第300條、第301條第1項，判決如主文。

本案經檢察官林岫璁提起公訴及追加起訴，檢察官馬中人到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　19　　日

刑事第八庭　審判長法　官　廖建瑜

法　官　林孟皇

法　官　黃怡菁

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　俞妙樺

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　19　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

中華民國刑法(94.02.02)第315條之1

（妨害秘密罪）

有下列行為之一者，處3年以下有期徒刑、拘役或3萬元以下罰金：

一、無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。
二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。

中華民國刑法第315之1條第2款(現行條文，**民國 103 年 01 月 15 日修正**)：
有下列行為之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金：
二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。
修正前中華民國刑法(94.02.02)第315條之2：
（圖利為妨害秘密罪）
意圖營利供給場所、工具或設備，便利他人為前條第1項之行為者，**處5年以下有期徒刑、拘役或科或併科5萬元以下罰金。**
意圖散布、播送、販賣而有前條第2款之行為者，亦同。
製造、散布、播送或販賣前二項或前條第2款竊錄之內容者，依第1項之規定處斷。
前三項之未遂犯罰之。

附表一：

編號	所犯事實	原審主文	本院主文
1	事實欄一(原判決事實欄一㈠)	蕭君宜犯106年1月1日修正施行前兒童及少年性交易防制條例第二十七條第四項以違反本人意願之方法，使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為之電子訊號罪，處有期徒刑陸	蕭君宜犯成年人故意對兒童犯製造竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪，處有期徒刑陸月。

		年肆月。（原判決附表一編號1）	
2	事實欄二	蕭君宜犯106年1月1日修正施行前兒童及少年性交易防制條例第二十七條第四項以違反本人意願之方法，使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為之電子訊號罪，處有期徒刑陸年。（原判決附表一編號4）	蕭君宜犯成年人故意對兒童犯製造竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪，處有期徒刑陸月。

◎附表二：沒收物

編號	名稱與數量	備註
1	ASUS筆記型電腦1台（含電源線、滑鼠）	電腦螢幕損壞、鍵盤破裂狀。
2	iPhone5手機1支	手機無法正常登入使用。
3	TRANSCEND行動硬碟1個	容量300G
4	不詳型號行動電話1支	未扣案