臺灣高等法院刑事判決

115年度上更一字第69號

上　訴　人
即　被　告　賴憬霖
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　張運弘律師
　　李大偉律師

上列上訴人即被告因違反兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣桃園地方法院113年度訴字第891號，中華民國114年6月25日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第34962號、第40458號），提起上訴，前經本院判決後，經最高法院撤銷發回，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

賴憬霖犯拍攝少年之性影像罪，共參罪，各處有期徒刑壹年捌月月。應執行有期徒刑貳年陸月。

扣案如附表二編號1所示之物及編號2所示之性影像均沒收。

事　實

一、賴憬霖於民國112年8月間認識代號AE000-Z000000000（下稱甲女，000年0月生，真實姓名詳卷）女子後，與甲女分別於112年8月31日、同年9月6日、同年月12日、同年月22日，以每次新臺幣（下同）10,000元為對價，未違反甲女意願，而與甲女為性交行為4次（此部分所涉違反兒童及少年性剝削防制條例犯行，業經本院以113年度侵訴字第44號判決處應執行有期徒刑2年，緩刑5年，下稱前案）。詎賴憬霖竟乘甲女未及注意之際，基於無故對少年攝錄性影像之犯意，於附表一所示時間、地點，與甲女為上揭性交行為之過程中，開啟如附表二編號1所示之攝影機之攝錄功能，攝錄甲女未著衣物而裸露胸部等屬身體隱私部位之性影像。嗣警於113年1月30日查獲前案，並扣得賴憬霖所有之Samsung Galaxy 21

型號手機查看其中內容後，循線查得偷拍情事，再於113年7月3日通知其到案，並經賴憬霖主動交付如附表二編號1所示攝影機，而悉上情。

二、案經甲女訴由桃園市政府警察局少年警察隊報告臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分

一、行政及司法機關所公示之文書，不得揭露足資識別被害人身分之資訊；行政機關及司法機關所製作必須公開之文書，除兒童及少年福利與權益保障法第69條第1項第3款之訴訟或其他法律特別規定之情形外，如係為刑事案件、少年保護事件之當事人或被害人，原則上不得揭露兒童或少年之姓名或足以辨別身分之資訊，兒童及少年性剝削防制條例第14條第3項前段、兒童及少年福利與權益保障法第69條第2項、第1項第4 款分別定有明文。本件被告賴憬霖(下稱被告)對告訴人甲女所為，屬兒童及少年性剝削防制條例所規範之犯罪，甲女於案發時為12歲以上未滿18歲之少年，為兒童及少年福利與權益保障法規定之被害人，因本院所製作之判決屬必須公示之文書，為避免甲女及其父母親之身分遭揭露，乃對甲女及其父母親之真實姓名年籍等足資識別身分之資訊，予以隱匿。

二、證據能力部分：

㈠供述證據：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。又當事人、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，同法第159條之5第1、2項亦定有明文。本件檢察官、被告及其辯護人

就本判決所引用被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述之證據能力，於本院審判期日均未予爭執(第89頁至第96頁)，且迄至言詞辯論終結前亦未聲明異議，本院審酌該等具有傳聞證據性質之證據製作時之情況，並無不能自由陳述之情形，亦未見有何違法取證或其他瑕疵，且與待證事實具有關聯性，認為以之作為證據應屬適當，自均有證據能力。

㈡非供述證據：本院以下所引用非供述證據部分，並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，是依刑事訴訟法第158條之4反面解釋，即具證據能力。

貳、實體部分

一、上揭犯罪事實，業據被告於警詢、偵查、原審及本院審理時坦承不諱(見偵字10396卷一第11-20頁、偵字10396卷○000-000頁、偵字40458卷第11-13、15-19、87-89頁、原審卷第67-73、105-109、123-146頁及本院卷第99頁)，核與證人邱○嫻(00年0月生，真實姓名及年籍詳卷)、黃○璇(00年0月生，真實姓名及年籍詳卷)、紀○和(00年0月生，真實姓名及年籍詳卷)於警詢中之證述、甲女於警詢及偵訊中之證述、甲女之父於警詢及原審準備程序中之證述、甲女之母於原審準備程序中之證述大致相符(見他卷第41-53、59-77頁、偵字10396卷一第41-43、61-67頁、偵字10396卷二第113-116頁、偵字34962卷第25-27頁、原審卷第108頁)，並有桃園市政府警察局少年警察隊搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據各2份、指認犯罪嫌疑人紀錄表（甲女指認被告）、被告手機內照片16張、被告手機擷取報告2份、被告手機內照片3張、遙控型攝影機內記憶卡檔案及檔案內擷圖共9張等在卷可稽（見偵字34962卷第31-37、39-45、47-50、59-74、91-107、109-115頁），足認被告之任意性自白與事實相符，堪以採信。綜上所述，本件事證明確，被告犯行，洵堪認定，應依法論科。

二、論罪科刑：

㈠新舊法比較：

被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第2條第1項第3款、第36條第1項之規定於113年8月7日修正公布，同年月0日生效施行，茲比較如下：

1.兒童及少年性剝削防制條例第2條第1項第3款於113年8月7日修正前規定：「拍攝、製造、散布、播送、交付、公然陳列或販賣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。」修正後則規定：「拍攝、製造、重製、持有、散布、播送、交付、公然陳列、販賣或支付對價觀覽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。」此部分新增「重製、持有、支付對價觀覽」之行為樣態，然與本案之論罪科刑無涉，其修正之結果不生有利或不利於行為人之情形，逕適用修正後之規定。

2.兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項於113年8月7日修正前規定：「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100萬元以下罰金。」修正後規定：「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，得併科新臺幣10萬元以上100萬元以下罰金。」其修正內容增列「無故重製」之犯罪態樣，且提高併科罰金之最低度金額，經比較新舊法之結果，修正後規定並未有利於被告，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項論處。

㈡法律適用說明

1.按兒童及少年性剝削防制條例所稱之「性影像」，參照其修正理由為：「參考『刑法』修正條文第10條增訂第8項性影像之定義，係指內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：『一、第五項第一款或第二款之行為。二、性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位。三、以身體或器物接觸

前款部位，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。四、其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。』是以，性影像指影像或電磁紀錄含有以下五類內容：㈠以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。㈡以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。㈢性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位。㈣以身體或器物接觸前款部位，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。㈤其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為」。是被告所拍攝者，既屬甲女與其為性行為過程裸露胸部等隱私部位之影像，衡諸一般社會通念，顯屬與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之畫面，則甲女被拍攝之影像顯屬兒童及少年性剝削防制條例所規範之「性影像」，並無疑義。

2.另按行為人未施強暴、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。是如行為人未施強暴、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，且若未另有同條第2項或第4項之其他非法行為或營利意圖，則應依同條第1項之規定論處。

㈢被告係與甲女為性行為時，利用甲女不知情之際，偷拍甲女屬性影像私密照片，是被告並未對甲女施強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術等手段，依上開說明，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1項之拍攝少年之性影像罪。起訴意旨認被告係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項罪嫌，尚有未合，惟因基本社會事實相同，且經本院踐行告知被告所涉罪名之程序後，經檢察官、被告

及辯護人於本院審理中為實質辯論，無礙被告防禦及辯護權行使，爰依法變更起訴法條。公訴意旨雖認被告所為另構成刑法第319條之1第1項之未經他人同意無故以拍照攝錄他人性影像罪，及刑法第315條之1第2款之妨害秘密罪，然被告本案所為既已構成修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪，自無須另以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款之成年人故意對少年犯竊錄他人非公開活動及身體隱私部位，以及兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第319條之1第1項之成年人故意對少年犯無故攝錄他人性影像等罪嫌規定論處，是公訴意旨此部分所指，尚有誤會。

㈣被告所犯附表一之3罪間，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。另辯護人固主張本件應論以一罪，然被告附表一所示之犯行相距時間非短，且被告與告訴人之性交易行為均有分別支付對價，依社會通念觀之被告應是分別起意而為附表一所示之犯行，是辯護人主張此應評價為概括一行為，委無足取。

㈤按刑法第59條雖為法院依法得行使裁量權之事項，然必須犯罪另有特殊之原因、環境與情狀，在客觀上足以引起一般之同情而顯可憫恕，認為即予宣告法定最低刑期猶嫌過重者，始有其適用（最高法院105年度台上字第2551號判決意旨參照）。本案被告所涉修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪，法定刑度為1年以上7年以下有期徒刑，得併科100萬元以下罰金，刑度本非重，且考量被告係於與甲女為性行為時，偷拍甲女屬性隱私之性影像，欠缺對甲女身體及隱私權之尊重，影響甲女身心健康及人格發展，於客觀上難認有何特殊原因及情狀足認得引起一般同情而顯可憫恕之處，尚無依上開規定酌減其刑之必要，併此敘明之。

三、撤銷原審判決之理由

原審以本件事證明確，而對被告論罪科刑，固非無見。惟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1項

之拍攝少年性影像罪，已如前述。原審未察，對被告論以兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之違反本人意願拍攝少年性影像罪，其適用法律顯有未當；再者，本件要無情輕法重之情形，原審依刑法第59條規定酌減其刑，亦有未洽；從而被告上訴主張被告所為應係構成修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪（見本院卷第101頁）為有理由，應由本院將原判決撤銷改判。

四、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告於案發時為成年人，明知甲女為未滿18歲之人，竟為滿足自己私慾，拍攝甲女屬性隱私之照片，侵害甲女性隱私，所為實屬不該，惟念及被告於偵查、原審及本院審理時均坦承犯行，且於原審業與甲女達成和解，並已全數賠償(見原審卷第101頁至第102頁)之犯後態度，復參酌甲女父母親於原審表示之意見(見原審卷第108頁)及被告於本院審理時自述之之智識程度、經濟及家庭生活等一切情狀（見本院卷第67頁、第100頁），分別量處如主文第2項所述之刑。並審酌被告所犯以拍攝少年攝性影像罪之罪質、犯罪類型、行為態樣、犯罪動機均相同，責任非難重複程度較高，及考量各罪之間隔、罪數所反應之被告人格特性、對法益侵害之加重效應、刑罰經濟與罪責相當原則，暨各罪之刑期、定應執行刑之外部性界限及內部性界限等各節為整體非難之評價，定其應執行之刑如主文第2項所示。

參、沒收部分

一、沒收適用裁判時之法律，刑法第2條第2項定有明文。刑法第38條第2項規定「供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定」。現行兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項規定「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」、第7項則規定「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」。

二、扣案如附表二編號1所示之遙控器造型微型攝影機(含記憶卡)1臺，為被告所有，供其拍攝及持有如附表二編號2所示性影像所用，有桃園市政府警察局少年警察隊扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據、遙控型攝影機內記憶卡檔案及檔案內擷圖共9張（見偵34962卷第39至45、111-115頁)等資料可證，應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第7項前段規定宣告沒收。

三、附表二編號2所示之性影像係被告拍攝之性影像，有數位證物勘察報告、蒐證照片等性影像資料可證，衡以現今科技技術，電子訊號之儲存方式多元，亦可能同時儲存在雲端硬碟內，故基於保護被害人立場，就本案相關性交行為之電子訊號，尚乏證據證明該訊號已完全滅失，避免日後有流出之情形，應就此部分所示之性影像，依兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項規定宣告沒收。至於卷附之性影像檔案、截圖，僅係檢警為調查本案而重製供作證據使用，並置於不公開卷內，乃偵查中所衍生之物，非屬依法應予沒收之物，無庸宣告沒收，併予敘明。

四、另被告所拍攝之性影像照片雖轉存於其前案所扣得之Samsung Galaxy 21型號手機內，然上開手機業經前案宣告沒收，此有本院被告前案紀錄表及前案判決在卷可佐，故此部分不再另諭知重複沒收，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300條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官於盼盼提起公訴，檢察官劉成焜到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　3　　日

刑事第九庭　審判長法　官　潘翠雪

法　官　邰婉玲

法　官　柯姿佐

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　呂丞豐

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　3　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

兒童及少年性剝削防制條例第36條

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，得併科新臺幣10萬元以上1百萬元以下罰金。

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、無故重製性影像、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3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

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、無故重製性影像、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7年以上有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

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、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。但屬於被害人者，不在此限。

兒童及少年福利與權益保障法第112條

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。

對於兒童及少年犯罪者，主管機關得獨立告訴。

附表一：

編號	時間	地點
1	112年8月31日19時10分許至20時45分許	桃園市○鎮區○○路0段00號（丹尼爾SPA汽車旅館）
2	112年9月6日0時40分許至1時45分許	桃園市○鎮區○○路000巷000弄0號（夢香汽車旅館）
3	112年9月22日20時20分許至21時許	同上

附表二：

編號	物品名稱、數量	備註
1	遙控型攝影機(含記憶卡)1個	內有本案性影像
2	編號1遙控型攝影機內犯罪事實之性影像	