

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

111年度上訴字第3002號

上訴人
即被告 葉昱丞

選任辯護人 王銘勇律師
許美麗律師

上列上訴人因兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣臺中地方法院111年度訴字第1241號中華民國111年10月19日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署111年度偵字第9380號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

犯罪事實

一、丙○○（綽號：安森）與甲○（即代號：AB000-Z000000000號，民國94年5月生，真實姓名年籍詳卷附真實姓名對照表）於110年6月間透過遊戲軟體WePlay認識，嗣於同年月23日交往，其明知甲○係未滿18歲之少年，竟分別為下列犯行：

(一)基於引誘使少年被拍攝性交行為電子訊號之犯意，於110年8月31日晚上6時至7時30分許之間，在臺中市○區○○○道0段00號之「奇異果商旅」某房間內，以如果甲○愛他的話，就同意他拍攝性交過程的影片及這是情侶間很正常的事等引誘方法，使原無拍攝性交過程意思之甲○同意後與甲○進行性交行為，並以其所使用之手機分別架在床頭櫃及手持之方式，開啟錄影功能，接續拍攝其與甲○相互愛撫、口交，並將生殖器插入甲○陰道內為性交行為之數位影片4段。

01 (二)又基於引誘使少年製造猥褻行為電子訊號之犯意，於同年10
02 月17日中午某時，經由FACETIME通話，以愛他就要答應他，
03 不然就要分手等方式，誘使原無拍攝猥褻照片、影片之意之
04 甲○，先接續自行拍攝全裸但未露臉、露臉的裸體數位照片
05 各1張，復接續指示、引導甲○依其要求擺放姿勢及動作，
06 自行拍攝愛撫胸部、陰部等自慰行為之猥褻數位影片2段，
07 再將以通訊軟體LINE傳送給丙○○觀覽。

08 二、案經甲○訴由臺中市政府警察局第五分局報請臺灣臺中地方
09 檢察署檢察官偵查起訴。

10 理 由

11 壹、證據能力部分

12 一、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
13 者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項定有明文。
14 本件證人甲○於警詢中所為之陳述，屬審判外之陳述，依首
15 揭法條規定，原則上亦無證據能力。然被告以外之人於審判
16 外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至之4之規定，而
17 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
18 書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事
19 人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1
20 項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，
21 視為有前項之同意，此於刑事訴訟法第159條之5亦定有明
22 文。本件上訴人即被告（下稱被告）丙○○及其辯護人於原
23 審準備程序及本院準備程序時對上開證人證言均同意具有證
24 據能力（見原審卷第57頁；本院卷第86頁），且至言詞辯論
25 終結前，就前開證人證詞之證據能力亦未聲明異議。再前開
26 證人之證述，未經被告及其辯護人主張有何非出於自由意志
27 之情形，是本件認為容許其證述之證據能力，亦無不當，應
28 依刑事訴訟法第159條之5之規定，認前開證人上開之證述具
29 有證據能力。

30 二、本院以下援引之其餘非供述證據資料（含手機翻拍照片、雙
31 方對話訊息、來電紀錄等），檢察官、被告及其辯護人於原

01 審及本院審判程序時對其證據能力均不爭執，且係司法警察
02 (官)依法執行職務時所製作或取得，應無不法取證之情
03 形，參酌同法第158條之4規定意旨，上揭證據均具有證據能
04 力，併此敘明。

05 貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由

06 一、被告固坦承有於犯罪事實所載時地，以手機分4段拍攝與甲
07 ○性交行為1次之影片，及由甲○自行以手機拍攝裸體照片2
08 張、自慰影片2段，並以LINE通訊軟體傳送給其觀覽之客觀
09 事實不諱。惟矢口否認犯兒童及少年性剝削防制條例第36條
10 第2項之犯行，辯稱：我只承認兒童及少年性剝削防制條例
11 第36條第1項之罪，我沒有引誘她，是徵得她的同意後才拍
12 攝，沒有情緒勒索，沒有跟甲○說過愛我就要答應拍攝，不
13 拍就要分手，沒有說任何威脅她的話云云。

14 二、經查：

15 (一)被告與甲○確有於110年8月31日晚上6時至7時30分許之間，
16 在臺中市○區○○○道0段00號之「奇異果商旅」之房間內
17 發生性交行為，被告並持用其所有之手機，分4段拍攝其與
18 甲○相互愛撫、口交，並以生殖器插入甲○陰道內性交等過
19 程；復於同年10月17日中午某時，由甲○自行拍攝全裸照片
20 2張，其中1張未露臉、1張露臉，嗣又自行拍攝撫摸、搓揉
21 胸部、乳頭、下體、以手指撥開性器官特寫及以手指插入陰
22 道內等影片2段，並以LINE通訊軟體傳送給被告等情，業據
23 被告供承明確，核與證人即告訴人甲○於警詢中之證述，均
24 互核相符，並有數位影片6段、數位照片2張在卷可稽。此
25 外，復有職務報告、指認犯罪嫌疑人紀錄表、原審法院核發
26 之搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收
27 據、原審法院110年度司暫家護字第2110號民事暫時保護
28 令、扣押物品照片、兒少性剝削案件代號與真實姓名對照
29 表、被告手機內與告訴人之性愛影片、告訴人全裸照片、雙
30 方對話訊息、來電紀錄、被告住處訊息之照片、被告遊戲軟
31 體個人資料頁面、被告騷擾告訴人之通訊訊息照片等件在卷

01 可證。此部分被告之自白核與事實相符，堪以採信。

02 (二)按兒童及少年性剝削防制條例第1條開宗明義規定：「為防
03 制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發
04 展，特制定本條例。」依其立法說明，係立基於保護兒童及
05 少年免於遭致性剝削之普世價值，乃依據聯合國《兒童權利
06 公約》第34條及《兒童權利公約關於買賣兒童、兒童賣淫和
07 兒童色情製品問題的任擇議定書》之精神，將透過利益交換
08 而侵犯兒童、少年與其權利之行為，均列為係對兒童及少年
09 之「性剝削」。是以，為防杜拍攝、製造兒童、少年為性交
10 或猥褻行為之畫面，而侵害其身心健全發展之基本人權，該
11 條例第36條乃基於行為人對被害人施加手段之強弱，以及被
12 害人自主意願之法益侵害高低程度之不同，區分「直接拍製
13 型」、「促成合意拍製型」、「促成非合意拍製型」、「營
14 利拍製型」、「未遂型」等5種不同類型，而予以罪責相稱
15 之分層化規範，俾周全規範密度，達到保障兒童及少年權益
16 之立法目的，並符合罪刑相當原則、比例原則之憲法誠命。
17 所謂「直接拍製型」係指行為人得同意而直接拍攝、製造兒
18 童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光
19 碟、電子訊號或其他物品（同條第1項，圖畫等以下統稱畫
20 面。為配合112年2月8日增訂公布同年月10日施行之刑法第1
21 0條第8項「性影像」規定，本條項條文於112年2月15日修正
22 公布為「拍攝、製造兒童或少年之性影像、與性相關而客觀
23 上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品」並於同年
24 月17日施行，此段以下仍以修正前用語稱呼）；「促成合意
25 拍製型」係指行為人採取積極之手段，招募、引誘、容留、
26 媒介、協助或以他法，促成兒童或少年合意被拍攝、製造成
27 性交或猥褻行為之畫面（同條第2項）；「促成非合意拍製
28 型」係指行為人以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他
29 違反本人意願之方法，促使兒童或少年被拍攝、製造成性交
30 或猥褻行為之畫面（同條第3項）；「營利拍製型」則指行為
31 人意圖營利而犯前述三種類型之行為（同條第4項）；「未

01 遂型」則指上開各行為之未遂犯（同條第5項）。就促成拍
02 攝、製造之行為而言，無論是兒童、少年之合意或非合意拍
03 攝、製造行為，均予處罰，只是法定刑輕重不同而已，係以
04 立法明文方式揭禁不容許兒童、少年放棄或處分其身心健全
05 發展之基本人權，俾免因任何非法之性活動而遭致性剝削之
06 旨（最高法院111年度台上字第994號判決意旨參照）。又上
07 開條例第36條第2項之「促成合意拍製型」所稱之「引
08 誘」，係指勸導或誘惑原無意被拍攝、製造性交、猥褻行為
09 之電子訊號等之兒童或少年，使其產生被拍攝、製造之意
10 思；所謂「製造」，並未限定其方式，自不以他製為必要。
11 自行拍攝照片或影片，係屬創造照片或影片之行為，應在該
12 條項所稱「製造」之範疇內（最高法院111年度台上字第483
13 號、110年度台上字第3775、4573號判決意旨參照）。

14 (三)被告雖以前揭情詞置辯，然證人甲○於警詢中證稱：將性愛
15 過程拍下來那一次，被告跟我說如果愛他的話，就同意他提
16 出拍影片的要求，我怕拒絕他他會情緒低落，做出偏激的行
17 為；8月那次，我有委婉說不想拍，我擔心留下影片會有外
18 流風險，但是被告一直說愛他就要答應他，這是情侶間很正
19 常的事。10月那次，他是用情緒勒索，說我如果愛他就要答
20 應他的要求，不然就要分手，他還說他有憂鬱症，相處過程
21 他還有發作過，我怕拒絕他拍性愛影片，會讓他情緒不穩，
22 做出傷害我的事；第1張拍全身裸照沒露臉的，他要求要露
23 臉的，我再拍第2張有露臉的上半身裸照，之後又叫我拍自
24 慰影片給他，如愛撫揉奶、用手指插入下體的行為，我有跟
25 他說我沒拍過自慰的影片，他還說以第1次拍這樣的影片來
26 說，已經拍得不錯，我是怕拒絕他後他會生氣，將8月拍的
27 性愛影片流出去，那時他的情緒很激動，我不敢拒絕他，不
28 敢說我不想拍等語（見111偵9380卷第35至37頁）；於原審
29 審理時復具結證稱：「（問：與被告發生性行為後，當時為
30 何會有拍製性交過程的影片？）他那時說他想要拍攝影片那
31 些，他之後可以看，一開始我是有明確拒絕，跟他說我不想

01 要拍攝影片、照片這些東西，但他跟我說男女拍攝這種影
02 片、照片是很正常的，誘使我去拍攝、製造那些影像，我原
03 本沒有想要拍攝性交過程影片的意思，我有明確跟他說，我
04 不想拍攝這些東西，但他說如果真的愛他的話，我就會同
05 意，我有跟他說過影片拍出來的危險性，但他又說男女拍攝
06 這些影片很正常，就讓我去拍那些，我就沒有再反對，因為
07 我怕他會生氣，我就同意讓他拍我們性交過程的影片，存在
08 他的手機裡面。（問：110年10月17日中午，妳為何會拍攝
09 自慰的照片、影片等電子訊號傳送給被告？）那時被告和我
10 說，我如果愛他的話，就要拍攝那些影片、照片，如果我不
11 這樣做的話，他要跟我分手，一開始他是叫我拍攝全裸的照
12 片，要露臉，結果那時因為害怕，我只有拍沒有露臉的照
13 片，但他事後要求一定要露出全臉，再來就要我拍攝影片。
14 （問：提示111年7月14日準備程序筆錄，被告有供述說，在
15 去之前就跟妳說過是要去發生性行為，並特別強調，還沒有
16 去之前就已經跟妳說了，他要把性交過程拍成影片，說他有
17 情傷、憂鬱症、遠距離戀愛，佔有慾望比較強，所以希望把
18 性交過程拍下來，沒有見面時可以自慰使用，妳答應之後才
19 去「奇異果商旅」的等語，有無此事【提示並告以要
20 旨】？）我記得他跟我提問題的時候，是已經在「奇異果商
21 旅」的房間內，他才詢問我說他想要拍攝影片，他說如果我
22 愛他的話，要這麼做，男女朋友拍攝這些影片、製造這些影
23 像的行為是正常的，沒有什麼不妥的地方，我那時很怕他又
24 會再生氣，因為他提過他有憂鬱症，我很怕他又會再不開
25 心，會憂鬱症再發作，所以我才答應他，但是我內心是不想
26 要拍攝這些影片、製造這些影像的。（問：提示110年11月
27 2日甲○警詢筆錄，妳在筆錄有提到，妳是先拍片，再拍影
28 片，拍照片之前，被告跟妳說什麼，所以妳才拍照片傳送給
29 他【提示並告以要旨】？）我們在FACETIME通話，他說到要
30 求我拍攝全裸的照片及自慰的影片給他，他直接說：『如果
31 妳不想跟我分手的話，就直接傳妳的裸照、自慰的影片過

來』，並說愛他的話就要那麼做，如果我不那麼做的話，他就會跟我提分手，我因為害怕，所以一開始只有傳未露臉的裸照，他收到之後，就繼續用FACETIME跟我說這樣不夠，叫我一定要傳清晰露出臉部五官跟全身的裸照，以及有露臉的自慰影片，他有特別跟我強調要很清晰，五官要很明顯的拍攝出來，照片跟影片都要有露出清晰的五官，再傳給他，不然就要和我分手，我因為害怕如果分手，他會將8月底拍攝的影片外流出去，所以我才同意拍這些照片跟影片，但是我跟他說我沒有做過這些事情，我不知道怎麼做，他就在FACE TIME通話裡面引導我要擺出哪些姿勢、指定我動作、該怎麼做、及該如何拍攝那些行為，之後我才關掉通話，用自己的手機拍攝剛剛講的照片跟影片，接著再傳給他，之後他在看那些影片的過程中，我們是有通話的。雖然我那麼做，但是我當下內心是很恐懼的，在和他交往的過程中，用我手機拍攝自慰影片及裸照，就只有10月17日這一次。」等語（見原審卷第141至143頁）。可知，證人甲○關於如何同意被告拍攝與其性交過程之影片，以及如何按照被告的要求，自行拍攝裸體照片、自慰影片等過程，前後均供述一致，並無任何歧異或瑕疵可指，自堪予採信。

(四)被告並自承：我與甲○是遠距離戀愛，沒有辦法常見面，我對於另一半占有慾望比較強烈，所以我會希望把性交過程拍下來，在無法見面的時候，能夠供我自慰使用；是我先跟被害人說是否可以請她拍自己身體給我看，因為我當天憂鬱症有一點發作，所以特別想被害人，想與她發生性行為，但是客觀上距離太遠，所以數次請求她，請她拍攝自慰影片，讓我自慰，剛開始被害人說她沒有拍過，她說試試看，然後就拍給我看等語（見原審卷第55、56頁）。於本院除為相同供述：（110年8月31日該次）我們是遠距離戀愛，我有憂鬱症，占有慾比較強，在沒有辦法見面時，我有情慾的時候可以自己解決，我是這樣告訴她的，是在她同意下我才進行拍攝等語外，另供稱：（你如此講的時候甲○如何回答你？）

01 剛開始有猶豫一下，但後來就同意，當天結束後我是坐火車
02 回新竹，甲○說她想要看，所以我用LINE傳影片給她。（有
03 拍攝的都有傳給她？）是。（當下甲○猶豫的情形為何？）
04 因為她沒有馬上回答我。（你是否又講什麼話，她才說
05 好？）沒有。就說這些。（110年10月17日該次）因為當時
06 我是情慾來了，要一些她新的影片，所以我才會要她傳給
07 我。（甲○姿勢行為是否你指導她的？）是。（你是否有告
08 訴甲○第一次拍這樣就已經很棒，很不錯了？）是。（有無
09 想過甲○會擔心你把她的照片外流，其實她是不願意的？）
10 當下我一時沒有想到這麼多（見本院卷第83至85頁），於本
11 院審理時復供述：（你第1次拍攝影片有傳給甲○，後來有
12 收回？）有。（為何要收回？）傳過去以後她可以保存。我
13 想說這影片彼此留一份就好，不要外流。當時在我們在通話
14 過程中，我請她保留，我再收回。（你的手機還有保留這些
15 影片？）是。（你傳給甲○之後是否有叫甲○要刪掉影
16 片？）是刪聊天紀錄。（影片？）我說刪掉比較好，如果有
17 需要的話我再傳給她。（你是怕她父母發現才叫她刪除影
18 片？）我怕她的手機，會不小心點開出來，會不小心有第三
19 者閱覽到（見本院卷第118至119頁）。被告雖否認有對甲○
20 說出犯罪事實一、(一)(二)所載之內容，然此部分已經證人甲○
21 證述：在8月拍攝的那一次，已經有委婉說不想拍，擔心留
22 下影片會有外流風險，一開始我是有明確拒絕，10月那一次
23 被告情緒很激動，所以不敢拒絕他等詞歷歷，已如前述，非
24 僅甲○內心之擔心、恐懼而未曾外顯，被告辯護人主張甲○
25 外在沒有表明不同意，被告無從得知她不同意一節（見本院
26 卷第114、120頁），顯非實情。再者，被告於本院供述：犯
27 罪事實一、(一)事前拍攝時，有看出甲○有猶豫，因為她沒有
28 馬上回答我，將拍攝的影片傳送給甲○後其隨即收回，並要
29 甲○也刪除，是因為害怕有人點開，不小心會有第三者閱
30 覽，而擔心外流情事等語，連被告都看得出甲○猶豫，自己
31 也都擔心攝錄性交之影像恐有外流之疑慮，則年幼無拍攝經

01 驗之甲○如何能不擔心害怕自己性交影像有外流之風險，如
02 何仍認定其有拍攝之自主意願？顯然嚴重違反經驗法則與常
03 情。而被告於犯罪事實一、(二)要求甲○拍照及錄影時，有指
04 導甲○做猥褻的性愛動作，並稱讚甲○第一次拍這樣就很好
05 了，且甲○第一次是拍全裸沒有露臉的，仍然要求其要拍全
06 裸露臉的，均足見甲○心中其實害怕、畏懼拍攝、錄影等行
07 為，以致其一開始不願意將臉部涉入鏡頭避免遭他人發覺是
08 其本人，在在顯示甲○其實一開始並無意願拍攝及攝影，足
09 見其歷次證稱係因為被告對其口出上開言論，擔心分手、害
10 怕被告憂鬱症發作之心態下，才同意被告攝錄性交行為並聽
11 從被告指導自行拍照及錄影猥褻行為進而傳送予被告觀覽，
12 均堪認定。足認，被告自行拍攝或取得甲○所拍攝之照片、
13 影片，本即為滿足自己因不能與甲○見面，無法發生性交行
14 為之慾望；而甲○原無拍攝性交影片、裸體照片、自慰影片
15 之意，係因受到被告多次以「這是男女、情侶之間很正常
16 的事」、「愛他就要答應他」、「不然就要分手」、「這樣拍
17 得很好」等言語上之勸誘、刺激、慫恿或鼓勵，既害怕被告
18 生氣，又害怕被告與之分手，方同意被告拍攝性交影片，且
19 依其指示拍攝裸露胸部、乳頭、性器官，及以手指搓揉、插
20 入陰部之行為，即自行製造猥褻照片、影片，並傳送予被告
21 觀覽，堪認被告所為確該當於兒童及少年性剝削防制條例第
22 36條第2項所定之「引誘」要件無誤。被告及辯護人辯稱：
23 被告上開行為並不構成「引誘」云云，要無可採。

24 三、綜上所述，被告前揭否認犯罪所持之辯解均要無可採，其辯
25 護人所持辯護各節亦均無從為其有利之認定。本件事證業臻
26 明確，被告上開犯行，堪以認定。

27 參、新舊法比較適用

28 一、按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法
29 律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。刑法第2
30 條第1項定有明文。

31 二、查：

01 (一)被告本案行為後，112年2月8日修正公布、同年月10日施行
02 之刑法第10條第8項增訂「性影像」之規定，稱性影像者，
03 謂內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：一、第5項第1款
04 或第2款之行為。二、性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之
05 身體隱私部位。三、以身體或器物接觸前款部位，而客觀上
06 足以引起性慾或羞恥之行為。四、其他與性相關而客觀上足
07 以引起性慾或羞恥之行為。該第5項第1款係「以性器進入他
08 人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為」，第2款係
09 「以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛
10 門，或使之接合之行為」。被告本案犯罪事實一、(一)(二)所為
11 引誘拍攝犯行態樣，分別該當修正前性交及猥褻行為，亦為
12 修正後刑法第10條第8項第1款、第2款、第3款所規範之「性
13 影像」態樣，無論修正前後規定均符合上開定義而均應處
14 罰。

15 (二)又，兒童及少年性剝削防制條例第36條於112年2月15日經總
16 統華總一義字第11200010181號令修正公布施行，於同年月1
17 7日生效。該條例第36條第2項原規定：「招募、引誘、容
18 留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、製造性交
19 或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或
20 其他物品，處3年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百
21 萬元以下罰金。」修正為「招募、引誘、容留、媒介、協助
22 或以他法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造性影像、
23 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
24 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
25 以下罰金。」被告犯罪事實一、(一)係誘使原無拍攝性交行為
26 之甲○，被其持用手機攝錄2人性交行為之數位影片，而同
27 時該當修正前之引誘使少年被拍攝性交之電子訊號罪及修正
28 後之引誘使少年被拍攝製造性影像之其他物品（電子訊號）
29 罪；至犯罪事實一、(二)則誘使、要求原無拍攝猥褻行為之甲
30 ○，使甲○自行持用手機拍照並攝錄猥褻行為之數位照片及
31 影片，再將該等數位照片及影片傳送與其觀覽，而同時該當

01 修正前之引誘使少年製造猥褻行為之電子訊號罪，及修正後
02 之引誘使少年自行拍攝製造性影像之電子訊號罪。是依被告
03 本案上開2行為，無論依修正前後法律規定均該當犯罪，惟
04 修正前之法定刑為3年以上7年以下有期徒刑，得併科3百萬
05 元以下罰金，修正後則提高至3年以上10年以下有期徒刑，
06 得併科3百萬元以下罰金，比較修正前後法律，以被告本案
07 行為時之法律較有利於被告，自均應適用修正前之兒童及少
08 年性剝削防制條例第36條第2項規定。

09 肆、論罪科刑部分：

10 一、查甲○係94年5月生，有兒少性剝削案件代號與真實姓名對
11 照表在卷可考，其於本件案發時未滿18歲，自屬兒童及少年
12 福利與權益保障法第2條所稱之少年。

13 二、按電子訊號通常分為「數位訊號」及「類比訊號」2種，如
14 行為人以行動電話或電子數位機器所拍攝之裸照、猥褻或性
15 交影片等，係利用影像感應功能，將物體所反射的光轉換為
16 數位訊號，壓縮後儲存於內建的記憶體或是記憶卡上，再透
17 過電子視覺化顯示器，讓電子訊號可以被視覺化，在如包括
18 電視、電腦與平板等顯示器上輸出，而若無證據證明該等數
19 位訊號業已經過沖洗或壓製之過程而成為實體之物品（如錄
20 影帶、光碟、相紙等），該行為人所拍攝或製造者，應僅屬
21 於「電子訊號」階段。查本件由被告所拍攝的性交影片、告
22 訴人自行拍攝裸露胸部、下體之照片及自慰影片，均係使用
23 手機即數位設備拍攝，並無積極證據足認被告有沖洗或壓製
24 之過程而成為實體物品，均應屬於電子訊號無疑。

25 三、又兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項至第3項所列之
26 罪，依其文義及體系解釋，乃依行為人對被害人施加手段之
27 強弱，以及被害人自主意願之法益侵害高低程度之不同，而
28 予以罪責相稱之不同法定刑，並於同條例第43條第1項及第2
29 項規定減輕或免除其刑之適當調節機制以資衡平，為層級化
30 規範，使規範密度周全，以達保障兒童及少年權益之立法目
31 的，並符罪刑相當原則、比例原則之憲法要求。是法院於具

01 體個案審查是否屬使兒童或少年被拍攝「猥褻行為」之性影
02 像時，自應本諸上揭保障及促進兒童、少年權利及保護兒
03 童、少年身心健全發展之立法目的，以行為人所為，是否為
04 資源掌握者基於不對等權力地位壓榨下，與性相關而客觀上
05 足以引起性慾或羞恥之行為，作為性剝削之判斷標準，而不
06 侷限於行為人主觀上有滿足自己性（色）慾之意念，而在客
07 觀上施行足以誘起他人性（色）慾之舉動或行為者為限（最
08 高法院111年度台上字第11、12號判決意旨參照）。查甲○
09 就犯罪事實一、(二)所示自行以手機所拍攝之數位電子訊號，
10 內容含有裸露包含胸部、下體之全身照片圖檔，及以手撫
11 摸、搓揉胸部、乳頭、性器官等關於身體隱私部位之性活動
12 影像檔，因其均與性相關且客觀上足以引起性慾或羞恥，從
13 行為之表徵性、外顯性判斷，符合猥褻行為之性影像內容，
14 已該當修正前後兒童及少年性剝削防制條例第36條所規範
15 「猥褻」行為之電子訊號至明。

16 四、核被告就犯罪事實一、(一)所為，係犯修正前兒童及少年性剝
17 削防制條例第36條第2項之引誘使少年被拍攝性交行為之電
18 子訊號罪；就犯罪事實一、(二)所為，係犯修正前兒童及少年
19 性剝削防制條例第36條第2項之引誘使少年製造猥褻行為之
20 電子訊號罪。被告上開犯行，分別係於110年8月31日接續分
21 段拍攝與甲○性交行為之數位影片、同年10月17日則係誘使
22 甲○以手機自行拍攝全裸之數位照片後，復接續引誘甲○拍
23 攝撫摸胸部、下體之數位影片，顯係各基於一個接續犯意，
24 而於密接之時間為之，數個行為間之獨立性薄弱，難以強行
25 分開，且各侵害之法益同一，依一般社會通念及刑法評價，
26 應視為數舉動接續實行而為包括之一行為予以評價，較為合
27 理，各為接續犯，應各論以一引誘使少年被拍攝性交行為、
28 引誘使少年製造猥褻行為之電子訊號罪；公訴意旨認犯罪事
29 實一、(二)部分，應論以想像競合犯，容有誤會，附此敘明。

30 五、被告所犯上開二罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

31 六、復按，兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項規定：

01 「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施
02 犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。但各該罪就
03 被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定。」
04 本件固係成年人故意對未滿18歲之人犯罪，惟修正前兒童及
05 少年性剝削防制條例第36條第2項之罪，係針對兒童或少年
06 所設之特別規定，依上開但書之規定，自毋庸再依該條項前
07 段規定加重其刑，併此敘明。

08 七、又按，刑法第59條之規定雖為法院依法得行使裁量之事項，
09 然非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因、環境與情狀，在
10 客觀上足以引起一般之同情，認為即予宣告法定低度刑期，
11 猶嫌過重者，始有其適用。是為此項裁量減輕其刑時，必須
12 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
13 會上一般人之同情，而可憫恕之情形，始謂適法。而刑法第
14 59條所謂「犯罪之情狀」，自應與同法第57條規定科刑時應
15 審酌之一切情狀予以全盤考量，審酌其犯罪有無特殊之原因
16 與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度
17 刑，是否猶嫌過重等情形以為判斷。查本件被告係85年6月
18 生，行為時已成年，有年籍資料在卷可佐，且依辯護人所呈
19 報之在職證明，及被告於原審審理時自承，係從事半導體工
20 程師，月薪新臺幣（下同）3萬至4萬元之間等情（見原審卷
21 第13、79、151頁），足認被告有一定之教育程度及工作經
22 驗，相較於甲○為一高職二年級在學學生，生活及交友單
23 純，被告實為具有相當社會閱歷之人，見甲○年幼，竟不思
24 愛護、照顧甲○，反邀約其從事性行為，雖此部分並未另涉
25 犯刑責，然其變本加厲誘使甲○被拍攝及自拍露出全臉、裸
26 露胸部及性器官之性交影片、自慰之猥褻影片，以滿足被告
27 個人私慾，嚴重影響甲○身心之健全發展，致陷甲○處於擔
28 心日後畫面流出之恐懼中，犯罪之惡性及情節非輕，且被告
29 犯後並未完全坦承犯行，並無積極證據足認其犯後態度良
30 好，本院綜合考量上情，尚未足認本件犯罪有何特殊情節之
31 原因與環境，在客觀上足以引起社會上一般人之同情，宣告

01 法定最低度刑期尤嫌過重之情形，自難認有刑法第59條酌減
02 其刑規定適用之餘地，附此敘明。

03 伍、本院之判斷

04 一、原審認被告本案犯罪事證均明確，並以行為人之責任為基
05 礎，審酌「被告明知甲○為12歲以上未滿18歲之少年，竟為
06 滿足一己私慾，利用少女情竇初開、年幼可欺，判斷力、自
07 我保護能力未臻成熟，欠缺性隱私之自主決定意思，而引誘
08 使甲○被拍攝及製造性交、猥褻行為之電子訊號，致甲○身
09 心受有重大創傷，恐遺留難以抹滅之負面記憶，對其身心健
10 康及人格發展造成嚴重影響，且被告犯後仍圖僥倖，避重就
11 輕，未能坦承全部犯行，難認有何懊悔實據，自不應予以輕
12 縱；惟斟酌被告前未曾受有任何刑之宣告，有臺灣高等法院
13 被告前案紀錄表、臺灣臺中地方檢察署刑案資料查註紀錄表
14 附卷可稽，素行堪認良好，復參以被告雖未能與告訴人達成
15 和解，然並非無與告訴人和解之意，僅因告訴人沒有意願和
16 解所致，兼衡被告曾經診斷憂鬱症之疾患，及告訴人於本院
17 審理時當庭陳明被告所為已造成其內心一生無法抹滅之傷
18 痛，不願意原諒被告，希望從重量刑」等一切情狀，分別量
19 處如原審判決主文所示之刑，並定其應執行之刑。暨認：「
20 一、按兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項至第4項之物
21 品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，同條第6項定有明
22 文。對照刑法針對散布猥褻物品罪之沒收規定（第235條第3
23 項）之對象包括『文字、圖畫、聲音或影像之附著物』及
24 『物品』一節觀之，兒童及少年性剝削防制條例第36條第6
25 項所稱『物品』應係指同條1至4項規範猥褻行為之物品本身
26 （即圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物
27 品），而不及於『附著物』，亦即本案中義務沒收之標的應
28 僅為數位照片、影片之電子訊號，而非該照片、影片所存在
29 之載具即行動電話本身。是本件如附表一所示分別由被告、
30 甲○所拍攝之電子訊號，均應依首揭規定予以宣告沒收之。
31 二、又扣案如附表二所示手機為被告所有，係供被告拍攝性

01 交影片，及接收、讀取甲○所拍攝照片及影片之用等情，業
02 據被告供承明確（見本院卷第56頁），爰依刑法第38條第2
03 項前段之規定諭知沒收。三、至卷附上開性交、猥褻行為電
04 子訊號影像之光碟及紙本列印資料，僅係檢警為調查本案，
05 於偵查中列印輸出供作附卷留存之證據使用，乃偵查中所衍
06 生之物，非屬依法應予沒收之物，自均毋庸宣告沒收。」經
07 核所為認事用法均無違誤，量刑及定刑亦均屬妥適。

08 二、被告上訴意旨以本案應僅該當修正前兒童及少年性剝削防制
09 條例第36條第1項罪名，暨請求適用刑法第59條酌減其刑之
10 規定並從輕量刑等語，指摘原審判決不當。惟本案被告所為
11 並不該當同條例第36條第1項罪名，已如前述，且無刑法第5
12 9條規定之適用，亦如前述，故其此部分上訴意旨所指摘均
13 屬無據。復按刑罰之量定，屬法院自由裁量之職權行使，應
14 審酌刑法第57條所列各款事由及一切情狀，為酌量輕重之標
15 準，並非漫無限制；量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由
16 裁量之事項，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀而未逾越法
17 定刑度，不得遽指為違法；且在同一犯罪事實與情節，如別
18 無其他加重或減輕之原因，下級審量定之刑，亦無過重或失
19 輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原
20 則上應予尊重（最高法院72年度台上字第6696號、75年度台
21 上字第7033號及85年度台上字第2446號等判決意旨參照）。
22 又數罪併罰，應分別宣告其罪之刑，其宣告多數有期徒刑
23 者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑
24 期，但不得逾30年，刑法第51條第5款定有明文。又數罪併
25 罰關於應執行刑之量定，係屬法院自由裁量之事項，法院所
26 為有期徒刑之酌定，如未逾越上開規定之外部界限及定應執
27 行刑之恤刑目的，無悖於量刑之合理性，合乎責任原則，即
28 不得指為違法（最高法院101年度台上字第5426號判決意旨
29 參照）。查，被告所犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第
30 36條第2項之罪，法定本刑為3年以上7年以下有期徒刑，得
31 併科3百萬元以下罰金之罪，則原審以行為人之責任為基

01 礎，審酌上開一所述之一切情狀，分別量處如原審判決主文
02 所示之刑，暨在各刑中之最長期以上（有期徒刑3年6月），
03 各刑合併之刑期（有期徒刑6年10月）以下定其應執行之刑
04 有期徒刑3年8月，已充分審酌被告犯案情節之輕重，及法定
05 加減事由之有無，業針對刑法第57條各款事項而為妥適量
06 刑，所定應執行之刑，亦無違於內部界線與外部界線，且亦
07 屬極偏低度之定刑。而被告始終未能徵得告訴人之原諒，亦
08 未做出任何賠償，復未能坦承犯行，對於告訴人造成傷害甚
09 深。雖被告具狀及其母親透過辯護人均表示，希望與告訴人
10 及其母親達成和解，願意跟甲○母親下跪道歉，被告母親只
11 是想要求饒而已，造成甲○跟甲○母親感受不好，並非被告
12 母親本意，希望給予被告重生機會，給予緩刑等語（見本院
13 卷第101、103、116、122頁）。惟本案已造成甲○及其母親
14 難以承受之傷痛，甲○及其母親復具狀表示屢遭受被告母親
15 寄信及到家騷擾，導致甲○長期處於焦慮的精神中，有其刑
16 事陳報狀1份在卷（見本院卷第71頁，原本見本院訴訟資料
17 密封袋）可參。在本案過程中，不難想見因被告本案作為，
18 致使年幼的甲○及其母親承受上開不雅照片、影像外流之疑
19 慮，恐受他人異樣眼光的評價，身心之恐懼焦慮，不言而喻，
20 被告雖擔心入獄服刑，斷送其前途，被告母親亦擔心相
21 依為命的唯一孩子留下刑事紀錄，以致三番兩次尋求和解途
22 徑未果。惟本院幾經審酌，被告年紀雖輕然已成年，並步入
23 職場工作，相較於案發時甫滿16歲且尚在就學之甲○年紀實
24 屬幼小，身心發育未臻成熟，仍有待國家社會公權力介入予
25 以保護之階段，本案既因被告本人引起，自當對自己所為負
26 責，亦屬被告本應承擔之責任，而甲○及其母親歷經本案案
27 發過程及訴訟期間已受煎熬，身心靈均已受創，復原之路長
28 途漫漫，對於被告所為不能諒解，本院自當尊重其等態度及
29 意願，而被告終究未能獲得甲○及其母親之諒解，是以，本
30 院仍認原審所為量刑及定刑均無不當。此外，被告提起上訴
31 及於本院審理時亦均未再提出具體新事證足以證明原審量刑

01 及定刑有何不妥之處，其此部分上訴理由亦要無可採。
02 三、綜上所述，被告本件上訴為無理由，應予駁回。又原審雖未
03 及比較刑法、兒童及少年性剝削防制條例等新舊法等規定，
04 惟經逐一比較後仍應適用修正前兒童及少年性剝削防制條例
05 規定，結論仍屬相同，是以，本院仍維持原審判決，附此說
06 明。

07 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

08 本案經檢察官蔣忠義提起公訴，檢察官乙○○到庭執行職務。

09 中 華 民 國 112 年 3 月 9 日

10 刑事第九庭 審判長法官 紀 文 勝

11 法官 紀 佳 良

12 法官 賴 妙 雲

13 以上正本證明與原本無異。

14 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
15 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
16 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

17 書記官 林 玉 惠

18 中 華 民 國 112 年 3 月 9 日

19 【附錄論罪科刑法條】

20 修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項

21 招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍
22 攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電
23 子訊號或其他物品，處3年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣
24 3百萬元以下罰金。

01 附表一：

02

編號	電子訊號內容
一	被告所拍攝與甲○性交過程之數位影片4段
二	甲○所拍攝裸露全身之數位照片2張、自慰影片2段

03 附表二：

04

編號	物品名稱及數量
一	iphone XS MAX 手機1支（含行動電話0000000000號SIM卡1枚）