臺灣高等法院臺中分院刑事判決

113年度侵上訴字第115號

上　訴　人
即　被　告　林家朋
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　柯鴻毅律師

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，不服臺灣苗栗地方法院112年度侵訴字第27號中華民國113年5月30日第一審判決（起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署111年度偵字第10606號、112年度偵字第388號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

□原判決關於其附表編號1、3所示罪刑，及針對不得易科罰金之罪所定之應執行刑部分，均撤銷。

□Ａ０１犯如附表編號1、2所示各罪，各處如附表編號1、2所示之刑。應執行有期徒刑拾月。

□其餘上訴駁回。

犯罪事實

一、Ａ０１（其被訴引誘使少年製造猥褻行為之性影像電子訊號罪嫌部分，應為不另為無罪之諭知，詳如後述）於民國111年6、7月間，透過交友軟體WePlay認識女性少年Ａ３（00年0月間出生，真實姓名、年籍均詳卷），其於111年7月間某日，在其位在苗栗縣○○鎮○○街00○0號住處內，於與Ａ３以通訊軟體進行視訊時，明知Ａ３僅年滿16歲，竟基於拍攝、製造少年性影像、無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位之犯意，未徵得Ａ３同意、且於Ａ３不知之際，私自以其所有ASUS廠牌、型號ROG PHONE 5S PRO行動電話（下稱ASUS廠牌行動電話，已扣案）進行錄影，並擅自將所錄得之Ａ３掀開上衣裸露胸部之畫面予以截圖（下稱「X截圖」，起訴書誤認係Ａ３傳送予Ａ０１並經側錄、截圖，應予更正），而製造客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位性

影像後，儲存在其上開ASUS廠牌行動電話內。

二、Ａ０１於111年9月間，透過交友軟體「探探」認識Ａ７（即警卷代號BH000-A000000號之女性少年，00年0月間出生，真實姓名、年籍均詳卷），其明知Ａ７當時為14歲以上未滿16歲之女子，竟於111年10月4日上午6時45分許，駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車（下稱A車），搭載Ａ７前往御和園商務汽車旅館（址設苗栗縣○○鎮○○里○○路000號），另行基於對14歲以上未滿16歲之女子性交及拍攝、製造少年之性影像之犯意（所涉無故以錄影之方式竊錄他人非公開活動與身體隱私部位罪部分，未據告訴），經Ａ７同意性交後，以其性器官插入Ａ７陰道之方式，對Ａ７為性交行為1次，並於性交過程中，未徵得Ａ７同意，且利用Ａ７當時仰躺、手持行動電話在其上方並擋住其視線而不知之際，私自以其前開扣案之ASUS廠牌行動電話1支，拍攝其與Ａ７性交之影片，並將該影片予以剪輯製成7秒之影片（下稱「Y影片」），儲存在其上開ASUS廠牌行動電話內。

三、嗣因Ａ３、Ａ７陸續報警處理，為警通知Ａ０１到案說明，並於111年12月7日持臺灣苗栗地方法院核發之搜索票，前至其位在苗栗縣○○鎮○○街00○0號之住處執行搜索，而為警起出上開ASUS廠牌行動電話1支等物扣案而查獲。

四、案經新北市政府警察局汐止分局、苗栗縣警察局通霄分局報請臺灣苗栗地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、程序部分：

(一)本院審理範圍之說明：

被告Ａ０１（下稱被告）對原判決不服聲明上訴之範圍，已據其於所提「刑事上訴理由狀」中，載明針對原判決犯罪事實一、三部分提起上訴（見本院卷〈本院公開與不公開卷之編碼相同，故以下僅稱本院卷〉一第37頁），且於本院113年10月22日準備程序時同為表明前開上訴範圍，並填具「部分撤回上訴聲請書」，以明確其上訴之範圍（見本院卷一第

113至114頁）。準此，本院之審理範圍僅為被告前開聲明上訴之部分，至原判決其餘部分則均已由原審判決確定，先予敘明。

(二)按「宣傳品、出版品、廣播、電視、網際網路或其他媒體，不得報導或記載有被害人之姓名或其他足資識別身分之資訊」、「第1項以外之任何人，不得以媒體或其他方法公開或揭露被害人之姓名及其他足資識別身分之資訊」，性侵害犯罪防治法第16條第1項前段、第4項分別定有明文。復按裁判及其他必須公示之文書，不得揭露足以識別被害人身分之資訊；如確有記載之必要，得僅記載其姓氏、性別或以使用代號之方式行之，法院辦理性侵害犯罪案件應行注意事項第3點亦規定甚明。是本院判決書為免揭露足以識別告訴人Ａ３（下稱Ａ３）、被害人Ａ７（下稱Ａ７）等之身分資訊，爰各僅以代號Ａ３、Ａ７稱之。

(三)有罪部分之證據能力說明：

1、被告及其選任辯護人（下稱辯護人）於本院固曾以檢察官在被告於112年2月10日偵訊因自身之身體狀況休息之前（見偵388卷第117至120頁），有使用較重之語氣訊問被告之情形，而爭執被告該次偵訊之證據能力，並聲請勘驗其錄影檔案。惟被告及其辯護人嗣已於本院更正表示不再爭執該次偵訊之證據能力，並捨棄聲請勘驗此次偵訊錄影檔案（見本院卷二第10頁）。本院酌以本判決以下所引用被告在該次偵訊時供認：「（問：拍攝之前有無徵求BH0000-A000000〈註：即Ａ７〉的同意?）沒有」部分（見偵388卷第121頁），並非被告及其辯護人原先所指偵訊檢察官於訊問時曾出現部分語氣較重之時段，而係在被告於其自身之身體因素經檢察官准予休息後之另一階段，並經被告及其辯護人於本院準備程序時表明：於被告為上開供述之前，偵訊檢察官因被告自身之身體因素（糖尿病）而致血糖飆高時，已有先讓被告休息，並於被告休息完畢後，由偵查檢察官告以其如身體有所不適，請立即反應（被告其後並未反應有任何身體不適之

處），於被告休息結束後續行偵訊之期間，檢察官訊問之態度和緩，被告當時係因其自己想要趕快結束偵訊及自行片面猜測檢察官可能會不耐煩，方自己供述其未經Ａ７同意而拍攝等語（見本院卷二第8至10頁），且經被告於原審審理時供稱：「（問：警察、檢察官有對你做強暴、脅迫或看到你不舒服而不讓你休息的行為？）有讓我休息，他們沒有對我做強暴、脅迫的不法侵害」、「（問：你在警、偵訊講的話也是你自己講出來，他們照記，他們並不曉得你是因為心理害怕才這樣講？）是」（見原審卷第357頁），足認於被告在前揭偵訊自承伊拍攝其與Ａ７性交影像前，並未徵得Ａ７之同意等語時，偵訊檢察官並未有何違法或未當之情形，至於被告所辯其係因自己想要趕快結束偵訊及猜測檢察官可能會有點不耐煩等因素，才會為上揭不實之回答，核僅屬被告上開供述是否實在之「證據力」判斷範疇，被告前開此部分偵訊所述，依法具有證據能力。

2、按刑事訴訟法第159條之5規定：「（第1項）被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條之規定，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。（第2項）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」，其立法意旨在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，原則上先予排除，惟若當事人已放棄詰問或未聲明異議，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發現之理念，且強化言詞辯論原則，法院自可承認該傳聞證據例外擁有證據能力。經查，有關下述所引用未符合刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之證據，業據檢察官、被告及其辯護人於本院準備程序時明示同意作為證據判斷（見本院卷一第116頁），且經本院於審理時當庭直接提示而為合法之調查，復未據檢察官、被告及其辯護人於言詞辯論終結前聲明異議（見本院卷二第47至59頁），本院審酌前開證據作成或取得

之狀況，並無非法或不當取證之情事，故認為適當而均得以作為證據，是前開證據依刑事訴訟法第159條之5之規定，均具有證據能力。

二、本院認定犯罪事實所憑之證據及理由：

訊據被告固坦認伊有於犯罪事實一所示時、地，於與Ａ３視訊之過程中以扣案之ASUS廠牌行動電話1支錄影，並拍攝到Ａ３掀開上衣裸露胸部畫面之性影像，且以該ASUS廠牌行動電話之螢幕截圖功能而予以截圖（即「X截圖」），並儲存在其前開ASUS廠牌行動電話內等情，惟矢口否認犯有上開犯罪事實一所示拍攝、製造少年性影像、無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位等罪，又其固坦認有前開犯罪事實二所示對於14歲以上未滿16歲之女子性交之犯行，然矢口否認有何拍攝、製造Ａ７性影像之犯罪，被告之辯解、上訴理由及其辯護人之辯護意旨略以：1、關於犯罪事實一部分：Ａ０１於案發時不知Ａ３之年紀，Ａ０１認識Ａ３後，經由Ａ３推特上的推文內容及照片，看起來很成熟，Ａ０１認為Ａ３應該20初頭歲，且Ａ０１有經過Ａ３同意才錄影、截圖。Ａ３事後曾在其推特帳號主動發布裸露之照片、影片，或於需成年人方可註冊登入網路帳號之付費網站販售性愛影片，可知Ａ３對外宣稱其已成年，Ａ３於IG、推特等社交媒體發布之照片，可見其外表成熟、亦有飲酒之情形，一般人瀏覽後並不會認為其係未成年人，且Ａ０１與Ａ３視訊時，因曖昧情愫氛圍，又豈會反對Ａ０１側錄畫面。原審僅透過單方、主觀臆測作為「補強證據」之論述，逕認Ａ０１知悉Ａ３之年齡、且未取得Ａ３同意截取雙方裸聊過程畫面，有所誤會。雖Ａ３於原審曾稱其係以Facebook登錄手機遊戲WePlay，且有輸入真實年齡16歲等語，原判決並據此認為Ａ０１既係透過WePlay認識Ａ３，自當得悉Ａ３年紀，然Ａ３臉書畫面顯示之基本資料，僅限於本人閱覽，至於Ａ３WePlay是否以臉書帳號登錄，並非無疑，Ａ０１無從得知Ａ３真實年齡，遑論現今網路交友多以掩飾真實年齡、身份等個資不讓

他人知曉為常態。又被告固供稱其曾告知Ａ３自己就讀的科系、實習地點及工作情形，原判決亦據此認為Ａ０１與Ａ３已交換生活、工作等訊息，並以Ａ０１當時有與Ａ３交往之意，認為Ａ０１對於Ａ３之年紀等基本資訊應有所悉；但世上男、女交往之方式各不相同，且細觀Ａ３於偵查、原審之證述內容，Ａ３均未告知Ａ０１其住居所、就讀學校、年級、科系、班上人數等實際訊息，Ａ０１又豈能得知Ａ３當時之實際年齡。再原審以Ａ０１與Ａ７使用「探探」對話之初，即互相確認年齡資訊，而認此屬Ａ０１之網路交友模式及習性部分，僅為主觀之臆測，蓋Ａ０１與Ａ３交往在先，其2人之交往狀況完全與Ａ７無涉，且Ａ３在WePlay交友軟體顯示之資訊甚少，而Ａ０１與Ａ７交往時，係Ａ７先詢問Ａ０１的年紀，Ａ０１才反問Ａ７之年齡，且Ａ０１與Ａ７交往之前，曾多次接送Ａ７上、下學，當知悉Ａ７之年紀，但Ａ０１從未接送過Ａ３上、下學，亦未見過Ａ３身穿高中校服之模樣，自無法得知Ａ３之真實年齡。另即使依卷附Ａ３IG首頁截圖記載其年齡為16歲，惟Ａ０１與Ａ３認識之際，根本沒有看到Ａ３的IG首頁有顯示年紀，Ａ０１與Ａ３的友人傳遞訊息之IG對話截圖，應係Ａ３與Ａ０１鬧翻之後，Ａ３才故意在其IG首頁填寫年紀，企圖讓Ａ０１入罪；況從Ａ０１與Ａ３友人之IG對話訊息截圖，必須經由放大之後，才得以檢視Ａ３IG首頁顯示的年紀，不能直接推論Ａ０１知悉Ａ３年齡。而原審認為Ａ０１辯稱其與Ａ３係雙方同意彼此互相截圖之說詞，未可採信之理由，係以若Ａ３之手機內亦有Ａ０１裸聊時之截圖，Ａ０１應無可能如原判決犯罪事實二所示以要散布「X截圖」之方式恐嚇Ａ３，原審此部分僅為偏頗之臆測。另依Ａ０１提供予辯護人之案發時錄影檔案，可知Ａ３係忽然自行掀開上衣、露出胸部，Ａ０１因此才錄到此一畫面，Ａ０１並非故意預謀拍攝Ａ３之性影像。2、有關犯罪事實二部分：Ａ０１有經過Ａ７同意拍攝「Y影片」，Ａ０１與Ａ７性交時在玩手遊，Ａ７說如果Ａ

０１贏遊戲、可以有獎勵，Ａ０１在第1場贏了之後，有問Ａ７可否錄影，Ａ７說可以，後來Ａ０１又贏了第2場，詢問Ａ７可否拔掉保險套，Ａ７也說可以，但這部分沒有錄到影，因為是前面發生的。原審主要係以Ａ０１與Ａ７之友人對話譯文、Ａ０１於111年11月間與Ａ７之IG對話紀錄，作為Ａ７指述之補強證據。然有關Ａ０１與Ａ７之友人對話譯文部分，因Ａ７之友人質疑「Y影片」時，Ａ０１當然會先辯解「Y影片」沒有露點（因為如果「Y影片」沒有露點的話，Ａ７就無法提告），何況Ａ０１只是探詢Ａ７之友人口風，以便知悉Ａ７是否要提告（因為即便Ａ７同意拍攝，Ａ０１同樣構成犯罪），則Ａ０１根本沒有必要對Ａ７之友人說明其係獲得Ａ７同意拍攝性交影片之事。再Ａ０１於111年11月間與Ａ７之IG對話紀錄部分，雖原判決認為Ａ０１經Ａ７在對話中質疑Ａ０１為何偷拍時，Ａ０１並未反駁，惟沉默並不代表承認，任何人沒有必要針對任何問題做出回應，同理，即便Ａ０１沒有針對Ａ７對話中所提出之問題做出反駁，亦僅係Ａ０１認為不需要為了自己沒有做的行為提出反駁或給予任何回應，蓋Ａ０１之目的只是想用「Y影片」使Ａ７與其再次性交而已，不論Ａ７回應內容如何、是否與事實相符，Ａ０１均不會回覆、反駁，不能因Ａ０１沉默、不回應，即推認其係承認偷拍之事實。另Ａ０１於案發時係將手機轉正為直式，正面對著Ａ７錄影，與玩遊戲時橫式手持方式並不相同，且Ａ７當時雖以將手機以橫放方式玩遊戲，但其手機螢幕與臉部尚有距離，視角未被遮蔽，Ａ０１之手機攝影方式，極為接近Ａ７身體，且Ａ０１與Ａ７係合意性交，其所為動作均在Ａ７視線範圍內，甚至曾因玩手遊約好如Ａ７輸了伊可以不戴保險套及進行錄影，其亦曾起身拔下保險套，Ａ７不可能不知道Ａ０１後來沒有在玩遊戲，Ａ７可清楚看到Ａ０１在錄影及做各種行為，且係刻意戴上口罩供Ａ０１拍攝。而依Ａ７於原審審理時陳稱Ａ０１拍攝影片當下，因為遊戲還沒有分出勝負，雙方性行為都有

戴保險套進行，而且歷經3場遊戲結束後，雙方就沒有再拿起手機等語，Ａ０１與Ａ７在遊戲分出勝負前，雙方早已未戴保險套進行性行為，且斯時Ａ７仍手持手機，可知Ａ７應知悉Ａ０１之拍攝行為。3、再即使被告成立犯罪，有關Ａ０１所為犯罪事實一拍攝Ａ３猥褻行為及就犯罪事實二拍攝其與Ａ７性交之行為，依最高法院刑事大法庭114年度台上大字第1405號判決意旨，應僅成立修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪，而非同條第3項之罪等語。惟查：

(一)被告如犯罪事實一所為拍攝、製造Ａ３性影像、無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位犯行部分：

1、被告於111年6、7月間，透過交友軟體WePlay認識Ａ３，且於111年7月間某日，在其位在苗栗縣○○鎮○○街00○0號住處內與Ａ３以通訊軟體視訊時，以其所有ASUS廠牌行動電話1支（已扣案）進行錄影，且將所錄得Ａ３掀開上衣裸露胸部畫面予以截圖（即「X截圖」），並儲存在其前開ASUS廠牌行動電話內等客觀事實，為被告所不爭執，且有證人Ａ３於警詢、偵訊及原審審理時之證述（見偵10606號卷第19至21、51至54頁、原審卷第155至196頁）在卷可稽，並有Ａ３提出其行動電話內之WePlay、IG、臉書及與被告間之對話內容、「X截圖」等螢幕翻拍照片（見偵10606號卷第23至27頁）在卷可憑，此部分事實，足可認定。

2、雖被告否認伊於案發時知悉Ａ３之年紀、且係徵得Ａ３同意錄影及截取「X截圖」云云；然證人Ａ３於警詢及偵訊時詳為證稱：我從交友軟體WePlay認識Ａ０１，Ａ０１暱稱是「嘎嘎」，他在IG訊息有問我幾歲，我跟他說我16歲，我們認識之後進而有曖昧關係，曾進行裸聊視訊，因我後來跟他發生爭執，我不滿他跟別人說我有性病，我就在臉書發文「請各位網戀慎選對象」之文章，後來他在WePlay跟我說他有把裸聊視訊時的畫面擷圖，還把「X截圖」傳給我看，我才知道，我沒有同意Ａ０１擷圖等語（見偵10606卷第19至2

1、51至54頁。註：Ａ３當時應尚不知被告除截圖外，另有錄影之行為）；於原審審理時具結證稱：我於111年6至7月間，透過WePlay交友軟體認識Ａ０１，當時我高一已經休學，他知道我當時16歲、我是新北人、休學中，他也有說他19歲，後來我們也有用IG聊天、相互瞭解，處於曖昧關係中。後來Ａ０１有提議要跟我用IG視訊聊天，當時我跟他是曖昧關係，Ａ０１說他不會擷圖、也不會外流，因為Ａ０１這樣講，我就答應跟他視訊裸聊，當時我把我的上衣掀開、褲子脫掉，我有跟Ａ０１說不可以錄下來，Ａ０１也說他絕對不會錄、也不會擷圖，Ａ０１在裸聊過程中也有自慰、打手槍。後來大概7月間我跟Ａ０１有見面，見面時我發現被告跟網路上的長相有點落差，而且Ａ０１後來還去散布我有性病，我就跟他發生爭執。之後我朋友暱稱「花椰菜教主」，有透過另一位朋友去跟Ａ０１聊天、套話，還有暱稱「可凡」的網友私訊我朋友說我有性病等語（見原審卷第156至193頁）。核以證人Ａ３前開歷次證詞，已明確證述被告於案發時知悉其年齡，當時兩人曖昧中而視訊裸聊，伊並未同意被告於過程中錄影或截圖等情，且就上開主要情節部分，前後證述均屬一致，並無重大矛盾、瑕疵之處，參以證人Ａ３於原審審理時被訊及被告有無主動向伊問過其年紀時，係表示由自己主動跟被告講，至有關被告有無問過一節，伊有點忘記了等語（見原審卷第158頁），並未故為執著於不利被告之證詞，並復佐以下述之補強證據（詳如後述），足認證人Ａ３之前揭證述，可為採信。

3、按被害人之證言是否可信，審理事實之法院，仍應為其他證據之調查，以為取捨之依據，亦即，除被害人之指述外，尚需有補強證據以綜合判斷之。而被害人之供述證據，固需以補強證據證明其確與事實相符，然茲所謂之補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐證供述所見所聞之犯罪非虛構，能予保障所供述事實之真實性，即已充分；又得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告之實行

犯罪，但以此項證據與證人之指認供述綜合判斷，如足以認定犯罪事實者，仍不得謂其非補強證據（最高法院103年台上字第805號判決意旨參照）。查證人Ａ３證稱被告於案發與其進行裸聊視訊之前，已知悉其年齡，且伊未同意被告在過程中錄影或截圖等情，酌以證人Ａ３於原審審理時具結證稱：我是用Facebook登錄WePlay，有輸入我的真實年齡16歲等語（見原審卷第168至169頁），被告亦於偵訊時供認其係在WePlay及IG認識Ａ３等語（見偵10606卷第65頁），而被告既然係透過上開方式認識Ａ３，並非不得經由該交友軟體而得知悉Ａ３之年紀；又被告與Ａ３均陳稱其等於案發之111年7月間以視訊裸聊之時，處於曖昧階段（見原審卷第160至161、352頁），被告復供稱：我當時和Ａ３是曖昧關係，快要進入男女朋友關係，我們有一起玩WePlay遊戲，幾乎每天聊天，我有跟她說我讀視光科，有在臺中實習過，也有在眼鏡行工作（見原審卷第344、351至353頁），核與證人Ａ３證稱：Ａ０１說他當時在臺中開眼鏡行等語（見原審卷第165頁），互有相合之處，足見被告與Ａ３於111年7月間確因處於曖昧階段，為深入瞭解對方，而已彼此交換生活、工作等個人資訊，則既然被告當時有與Ａ３交往之意願，其對於相較於生活、工作內容更為基本之諸如Ａ３之年紀、生日等資訊，自無不好奇探索之理；復衡以被告既有使用交友軟體，且觀之其與Ａ７使用「探探」之對話紀錄（見偵388卷第71頁），被告於與Ａ７對話之初，即互相確認年齡資訊，足以顯現被告透過網路之交友模式、習性，堪認被告與其有意交往之網友確認年齡，應為其習慣；再證人Ａ３證稱其在案發後因與被告發生爭執，曾透過暱稱「花椰菜教主」或其友人向被告套話（參見前述），並提出對話紀錄為證（見原審卷第221至255頁），又被告供稱：暱稱「可凡」的網友是我，我有與暱稱「花椰菜教主」對話，我也是為了套話（見原審卷第365至366頁），而由「可凡」與「花椰菜教主」於111年7月28日晚上9時55分許起之對話（見原審卷第239至24

1頁），「花椰菜教主」有傳送Ａ３之IG首頁擷圖予被告，而被告亦答稱該IG首頁擷圖即為「Ａ３」，而Ａ３之IG首頁擷圖上清楚載明Ａ３之年齡為16歲。是以，被告與Ａ３既然有透過IG相互聊天、認識，被告對於Ａ３之年紀，實難諉為不知；另依被告對Ａ３所為如原判決犯罪事實二（此部分犯罪事實未據上訴而已確定）之犯罪模式，其因不滿Ａ３張貼文章而以要散布「X截圖」恐嚇Ａ３，就此犯罪動機而論，倘若依被告前揭辯詞是雙方同意彼此互相擷圖，則Ａ３之行動電話內亦可能有被告裸聊時之擷圖，被告怎麼可能用以要散布「X截圖」之方式恐嚇Ａ３，如此豈不增加自己也可能有裸照在Ａ３手上而遭報復之風險，足認證人Ａ３證述其未同意被告於裸聊過程錄影及擷圖等語，係屬可採。被告以其自述所見Ａ３於案發前或案發後在推特、IG之內容、照片，其未自Ａ３臉書、IG得悉其年紀，Ａ３在WePlay交友軟體顯示之資訊甚少，現今網路交友不乏有掩飾年齡者，世上男、女交往之方式各不相同，Ａ３未告知其年紀，伊與Ａ７交往時，係Ａ７先詢問其年紀，因與Ａ７交往前曾接受Ａ７上、下學，故知悉Ａ７年紀，二者有所不同，並無端臆測卷附Ａ３IG首頁截圖以須放大始可顯示之方式，記載其年齡為16歲，應係Ａ３事後方填載以使其入罪等情，主張其不知Ａ３之真實年齡，並以其當時與Ａ３曖昧中，Ａ３豈會反對其錄影、截圖云云而為置辯，均無可採。

4、被告及其辯護人於本院固提出案發時之被告對Ａ３進行錄影之檔案，且主張：Ａ３係忽然自行掀開上衣、露出胸部，Ａ０１因此才錄到此一畫面等語，而意指被告並非故意拍攝Ａ３之性影像云云。雖經本院勘驗前開錄影檔案（勘驗之錄影期間共計31秒）之結果，Ａ３於過程中有將上衣及內衣掀起並露出胸部等情，此有本院於準備程序播放前開錄影檔案之勘驗結果（見本院卷二第13頁）可稽。然查，依被告於111年9月7日初次警詢時供稱：「大概在111年6、7月時，我們當時視訊吃飯，聊天的時候就有講到比較私密的話題，因為

我們雙方都有感覺，也沒有說誰先提出的，然後進行裸聊的行為...當時是雙方認為對方不在的時候可以拿照片自己保存觀看用」等語（見偵10606卷第14頁），及於112年2月2日偵訊時供稱：當時在我家裡與Ａ３視訊聊天，過程中有說可以互相螢幕錄影，就開始裸聊等語（見偵10606卷第66頁），並於原審提及：因當時其與Ａ３處於曖昧關係，聊了很多成人話題，兩人都有一點克制不住等語（見原審卷第352頁），雖被告上開所述伊有經過Ａ３同意錄影、截圖部分，並未可採，已如前述；惟依據被告上開供述內容，已然可知被告在錄影之前，業與Ａ３之間存有雙向情色裸聊之共識，則被告顯然可知Ａ３於其錄影過程中會有裸露身體之性影像出現，難認被告未有預謀拍攝Ａ３性影像之故意，被告辯稱Ａ３係在其預期之外、忽然掀起上方而露出胸部云云，非為可採。

5、基上，被告未經Ａ３同意，對於Ａ３掀起上衣而露出胸部之影像予以錄影並截取「X截圖」，儲存在其所有ASUS廠牌行動電話內，自應成立拍攝、製造Ａ３性影像罪及無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪可明。

(二)被告如犯罪事實二所為對14歲以上未滿16歲之女子性交、無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位犯行部分：

1、被告於111年9月間，透過交友軟體「探探」認識Ａ７，其明知Ａ７為14歲以上未滿16歲之女子，竟於111年10月4日上午6時45分許，駕駛A車搭載Ａ７前往址設苗栗縣○○鎮○○里○○路000號之御和園商務汽車旅館，於未違反Ａ７意願，以其性器官插入Ａ７陰道之方式，與Ａ７發生性交行為1次，並於性交過程中，以其前開扣案之ASUS廠牌行動電話拍攝其與Ａ７性交之影片等情，為被告供認在卷，且有證人Ａ７於偵訊、原審審理時之證述（見偵388卷第53至56頁、原審卷第196至211頁）在卷可憑，並有Ａ７向被告表明自己年齡之對話紀錄（見偵388卷第71頁）、檢察官於偵查中勘驗「Y影片」之內容（見偵388卷第119頁）、本院勘驗被告上

開錄影檔案之結果（見本院卷二第11至12頁）在卷可憑，此部分事實，足可認定。

2、雖被告辯稱伊有經過Ａ７同意，才會在案發時拍攝其與Ａ７之性交畫面云云。惟被告於偵訊時就此部分已供明：「（問：是否承認偷拍BH000-A000000〈註：即Ａ７〉今天勘驗的7秒影片？）他有看見我手機對這〈註：應為『著』字之誤〉他，他也沒有反對。（問：拍攝之前有無徵求BH000-A000000的同意？）沒有」（見偵388卷第121頁），被告其後改為辯稱：伊有經過Ａ７同意拍攝「Y影片」，其與Ａ７性交時在玩手遊，Ａ７說如果Ａ０１贏遊戲、可以有獎勵，伊在第1場贏了之後，有問Ａ７可否錄影，Ａ７說可以，後來其又贏了第2場，詢問Ａ７可否拔掉保險套，Ａ７也說可以云云，參以被告同時陳明伊未錄到上開過程，因為是前面發生的，被告所辯已屬無據，且與其前揭偵訊之供述不同，難以憑信。又被告於本院固曾辯稱因上揭偵查檢察官在其該次偵訊休息之前，有部分說話的語氣較重，其因此嚇到才會這樣回答，且伊當時自己想要趕快結束偵訊及猜測檢察官可能會有點不耐煩等因素，才會為上揭不實之回答云云，然參以被告前開於偵訊時供認其未取得Ａ７同意拍攝等語之階段，係在被告因自身之身體因素休息完畢後之續行偵訊時所回答，且偵查檢察官於被告休息之後並未有任何不正訊問之情形、甚且偵訊之語氣和緩等情，業據被告及其辯護人於本院陳明（見本院卷二第8至9頁），復觀諸被告在該次偵訊之緊接於伊供認其未事先取得Ａ７同意錄影等語之前，尚可否認或僅辯稱其係誤為上傳「Y影片」等有利於己之辯護內容，可見被告辯稱其當時無法本於自己意志供述云云，並無可採。退步而言，即使本案去除被告上開此部分偵訊供述而不予引用作為對被告不利之事證，參照下列各該事證，亦足認被告於案發時係未經Ａ７同意，而拍攝、製造Ａ７之性影像。

3、證人Ａ７於偵訊時證稱：我於111年9月中旬，透過交友軟體

「探探」認識Ａ０１，他住苑裡高中附近，會載我上下課，Ａ０１有問我幾歲，我說我15歲。他載我上下學一段時間，就說我在利用他，他問過很多次可否發生性行為，我拒絕很多次，他又一直講，我才答應他，所以111年10月4日他帶我去御和園汽車旅館，跟我發生性行為，一開始他有戴保險套，後來說要打傳說對決，如果他贏了，就要讓他無套，後來是他贏，他就無套。性行為結束後，洗完澡，就離開汽車旅館。我並不知道他在性行為過程有偷拍，是後來在11月3日晚上6、7點，他傳訊息威脅要跟我發生性行為，還傳「Y影片」給我，我才知道他偷拍我影片，「Y影片」的內容是我在玩傳說對決，他偷拍我，從頭到腳等語（見偵388卷第53至56頁）；於原審審理時具結證稱：我跟Ａ０１大概是111年9月中旬認識，認識約半個月後，在御和園汽車旅館有發生1次性行為，當時他跟我說他要把保險套拿掉，但我沒有同意，後來他說那我們打遊戲單挑，如果他贏了就可以拿掉保險套，我就答應，所以我們在性交過程中，性器官還沒有離開的情況下，拿手機出來，單挑傳說對決3場，後來他贏了，他就無套，我還在專心看我的手機遊戲，我沒注意他在做什麼。隔了2個禮拜以後，他問我還要不要第2次性行為，我說我不要，他就傳「Y影片」給我看，威脅我說要外流，我才知道他當時有錄影等語（見原審卷第196至207頁）。互核證人Ａ７前開於偵訊及原審審理時之證述，就被告未取得其同意即以手機竊錄性交過程等主要情節部分，前後證述均屬一致，並無重大矛盾、瑕疵之處，參佐下述之相關補強證據（詳如後述），本院認為證人Ａ７前開證述，足為可信。

4、有關證人Ａ７證述被告在案發前，係未經其同意，於其不知情之情況下，竊錄性交之影片等語，參酌被告與Ａ７之友人對話譯文（見偵388卷第67至69頁），在Ａ７的朋友質疑被告為何將「Y影片」傳給其他人時，被告回應「你知道她有可能告我嗎」、「這樣她會告我嗎」、「那個影片她也沒有露點不是嗎」、「我真的沒有傳給你，而且那個也沒有露

點，真的沒有」、「我不是說沒有拍，那個沒有露」、「沒有拍到下面」、「我跟她玩遊戲的樣子，玩傳說對決，不是什麼奇怪的遊戲喔」等語，足見被告在遭Ａ７之友人質疑Y影片時，其僅在意Y影片有沒有露點，會不會遭Ａ７提告等處，倘若如被告所辯Y影片是Ａ７同意之下拍攝，其未在Ａ７之友人面前說明此一對己極為有利之說詞，顯不合理。又依被告於111年11月間與Ａ７之IG對話紀錄，Ａ７對被告稱「打手槍不可以，說了，我有男朋友，我無語了，我真的看清你是這樣的人」、「現在我有乃（註：應為「男」字，下同）朋友要穩定下來了，你跟我威脅什麼，你跟我打過砲很驕傲嗎，真的很奇怪，你覺得你威脅我我會同意你嗎」、「我朋友知道我打砲也不是一天兩天的事，你要這樣威脅我，沒關係啊，不會跟你打就是不會，我乃朋友在就是不會，就算沒男朋友我也不會跟你，跟你打一次我想也夠謝謝你載我上課了」、「我相信打手槍一次打砲一次應該就夠還你載我上課的份了，做人不用這樣，不用這麼自私，再打一次你以後還是會這樣威脅我」、「到底是誰的問題，你還偷拍我，真的無語，你這叫威脅，比強迫更北爛」，被告回稱「所以呢，你還有想要做嗎？這樣就別怪我了」（見偵388卷第77至79頁），觀之此段被告與Ａ７之互動過程，可知Ａ７在對話中質疑被告為何偷拍，然被告並未反駁，而是繼續問Ａ７要不要再次發生性行為，由被告此段遭Ａ７質疑之反應，足認證人Ａ７前揭所稱其係在不知而未同意之情況下，遭被告拍攝「Y影片」等語，係屬真實。被告以其自述伊無必要對Ａ７之友人說明其係獲得Ａ７同意拍攝性交影片，及其未及時在與Ａ７之對話中做出反駁等緣由，經核難認合於一般經驗法則，並無可為有利於被告之認定。

5、雖被告於本院辯稱：伊於案發時係將手機轉正為直式，正面對著Ａ７錄影，與玩遊戲時橫式手持方式並不相同，且Ａ７當時雖以將手機以橫放方式玩遊戲，但其手機螢幕與臉部尚有距離，視角未被遮蔽，伊之手機攝影方式，極為接近Ａ７

身體，且其係與Ａ７係合意性交，所為之動作均在Ａ７視線範圍內，甚至曾因玩手遊約好如Ａ７輸了伊可以不戴保險套及進行錄影，其亦曾起身拔下保險套，Ａ７不可能不知道伊後來沒有在玩遊戲，Ａ７可清楚看到其在錄影及做各種行為，且係刻意戴上口罩供Ａ０１拍攝云云；惟查，經依本院勘驗被告拍攝Ａ７錄影檔案結果及與其內容有關之截圖（見本院卷二第11至12頁、卷一第234之1、234之3、234之5頁）所示，Ａ７當時呈躺著之姿勢，且以雙手橫向拿著手機、手機擋住Ａ７包含眼睛在內之眼部等部位等客觀情形，實難認Ａ７眼部於遭其所持手機擋住之角度下，得以發現或看見在其上方之被告持手機拍攝之行為；又依上開本院勘驗結果及截圖，並無法看出被告所持手機曾接近Ａ７眼部附近，或被告所辯其與Ａ７玩手遊時約定如果Ａ７輸了，被告可以不戴保險及進行錄影之情，亦無法依被告引用證人Ａ７於原審審理時陳稱被告拍攝影片當下，因為遊戲還沒有分出勝負，雙方性行為都有戴保險套進行，而且歷經3場遊戲結束後，雙方就沒有再拿起手機等語（見原審卷第198至199頁），及被告片面自稱伊與Ａ７在遊戲分出勝負前，雙方早已未戴保險套進行性行為，且斯時Ａ７仍手持手機等語，即可認Ａ７知悉或同意被告拍攝之行為；再被告所稱其與Ａ７係出於合意性交及Ａ７當時戴有口罩等情，亦不足以當然推認Ａ７對於被告拍攝之事知情或同意。從而，被告前開所辯，均難憑採。

6、而「Y影片」須藉由手機處理後始能顯示影像，或轉換成電磁紀錄之形式儲存在手機記憶體中，故屬電子訊號性質之性影像。而上開「Y影片」，係被告與證人Ａ７之性交過程，且有拍攝到客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位，核亦屬法定之性影像。從而，被告所為犯罪事實二所示對14歲以上未滿16歲之女子性交罪及拍攝、製造Ａ７性影像罪，均足認定。

(三)按刑法第10條於112年2月8日增訂第8項「性影像」之規定：

「稱性影像者，謂內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：一、第5項第1款或第2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」，此乃就法律用語概念為定義性之明文規定，不涉及新舊法之比較而應逕予適用。復按行為人未施強暴、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112年2月15日、113年8月7日修正前、後之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，應依該條第1項之規定論處(最高法院刑事大法庭114年度台上大字第1405號判決意旨參照）。查本案被告尚難認有被訴之引誘使Ａ３製造猥褻行為之性影像電子訊號罪嫌（參見不另為無罪諭知部分，詳如後述），且其未對Ａ３、Ａ７施以強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術或類此之方法，被告係利用Ａ３、Ａ７不知情、且未同意之情況，分別竊錄其等之性影像後，擅自予以截圖（指「X截圖」）或剪輯（指「Y影片」），並儲存在其所有ASUS廠牌行動電話1支內。依上開說明，被告所為尚不成立112年2月15日、113年8月7日修正前、後之兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪，而應僅合致於同條第1項之規定（有關新舊法之比較適用部分，參見後述）。

(四)基上所述，被告前開所辯，均屬事後卸責之詞，委無可採。此外，復有被告所有、供本案犯罪，且屬被告拍攝、製造Ａ３、Ａ７性影像電子訊號附著物之ASUS廠牌行動電話1支扣案可佐，本件事證明確，被告前開如犯罪事實一所為拍攝、製造Ａ３性影像、無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位行為，及如犯罪事實二所示對14歲以上未滿16歲之女子性交及拍攝、製造Ａ７性影像犯行，均足為認定。

三、法律適用方面：

(一)有關法律修正之適用說明：

1、按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項定有明文。本件被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項先、後於112年2月15日、113年8月7日修正公布，且分別自112年2月17日、113年8月9日起生效施行；有關被告行為時法（即於112年2月15日修正前之同條例第36條第1項）規定：「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」，因配合刑法修正增訂性影像之定義，而於112年2月15日修正為「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100萬元以下罰金」，上開中間時法僅就該條項之犯罪行為客體為文義上之修正，而未有實質之變動，應依一般法律適用原則，逕適用112年2月15日修正之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定（最高法院113年度台上字第2620號判決意旨參照）。嗣113年8月7日修正後之同條第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」，而提高罰金刑之下限，經予比較之結果，因裁判時法並無較有利於被告，依刑法第2條第1項前段之規定，應適用修正前即於112年2月15日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之規定。

2、被告如犯罪事實一所示行為後，刑法第319條之1於112年2月8日增訂公布施行，並自112年2月10日起生效施行，而刑法第315條之1則未修正。該次新增之刑法第319條之1第1項規定之法定刑為「3年以下有期徒刑」，與刑法第315條之1之法定刑「3年以下有期徒刑、拘役或新臺幣30萬元以下罰金」相較，前者法定刑並無選科拘役、罰金之規定，並非較

有利於被告，依上說明，被告所為如犯罪事實一所示無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位犯行，應適用其行為之刑法第315條之1第2款之規定。

(二)查被告拍攝Ａ３性影像後，擅自截取重製而製造「X截圖」電子訊號，儲存在其ASUS廠牌行動電話內，及拍攝Ａ７之性影像後，重製剪輯製造成7秒的「Y影片」電子訊號，儲存在同上行動電話內，足認被告就如犯罪事實一、二所為，各同時有拍攝、製造少年性影像之行為態樣，應於罪名中予以併列（最高法院114年度台上字第533號刑事判決，維持本院112年度侵上訴字第85號判決之意旨參照）。是核被告如犯罪事實一所為，係犯修正前即於112年2月15日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝、製造少年性影像罪，及刑法第315條之1第2款之無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪。又被告如犯罪事實二所為，則係犯刑法第227條第3項之對於14歲以上未滿16歲之女子性交罪，及修正前即於112年2月15日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝、製造少年性影像罪。

(三)檢察官起訴書就被告上開如犯罪事實一【即起訴書犯罪事實一、(一)】所為，認係觸犯於112年2月15日修正公布前之兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之以其他違法本人意願之方法使少年被拍攝性交行為之電子訊號罪，及就其如前開犯罪事實二【即起訴書犯罪事實一、(三)】所為，認係涉犯於112年2月15日修正公布前之兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之違反本人意願製造少年性影像罪，均有未合，然因各次之基本社會事實均屬同一，爰依刑事訴訟法第300條之規定分別予變更起訴法條而為判決，且就起訴書所載之行為態樣予以更正如理由欄三、(二)所示之論罪法條（有關被告就如犯罪事實一、二部分，同時有拍攝、製造少年性影像之事實，均據起訴事實載明，僅記訴法條部分漏載，應予更正）。

(四)被告如犯罪事實一所為，係以一行為同時觸犯拍攝、製造Ａ

３性影像、無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位之2罪；又其如犯罪事實二所為，則係以一行為同時觸犯對14歲以上未滿16歲之女子性交、拍攝、製造Ａ３性影像之2罪，俱為想像競合犯，均應依刑法第55條之規定，各從一較重而論以拍攝、製造少年性影像罪處斷。

(五)被告如犯罪事實一、二所為拍攝、製造少年性影像之2罪間，犯意各別，犯罪時空及被害對象互異，應予分論併罰。

(六)按民法第12條前於110年1月13日修正公布，並自000年0月0日生效施行；修正前民法第12條規定：「按滿20歲為成年」，修正後規定：「按滿18歲為成年」。經查，被告於犯罪事實一、二所示行為時，其年紀介於年滿18或19歲之間，依其行為時之修正前民法第12條之規定，尚未成年，且無可依修正後民法第12條之規定，回溯認定其行為時已成年。是以被告如犯罪事實欄一所示無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪，尚無適用兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段（以行為人成年為其要件）規定之餘地。

(七)按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。又刑事審判旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第57條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列10款事項以為科刑輕重之標準，並於同法第59條賦予法院以裁量權，如認犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，俾使法院就個案之量刑，能斟酌至當。本院考量被告於本案案發時尚未成年，涉世未深，且於行為前並無犯罪紀錄（此有法院前案紀錄表可參）。被告如犯罪事實一、二所為，侵害Ａ３、Ａ７之身心健康及人格發展，固非足取；然考量被告於原審業與Ａ３、Ａ７分別調解、和解成立（有臺灣苗栗地方法院113年度司刑移調字第44號調解筆錄〈見原審卷第323至324頁〉、和解書〈見原審卷第75至77頁〉在卷可憑），被告並已按前開調解、和解內容履行全部應付之賠

償金額新臺幣（下同）20萬元、50萬元完畢，經Ａ３、Ａ７表示願意原諒被告、不再追究被告犯行，顯見被告犯後已積極彌補自身行為對Ａ３、Ａ７所造成之損害，雖其仍否認部分犯罪事實，然已對於其行為造成被害人Ａ３、Ａ７之影響有所賠償，經整體綜合評價被告之本案犯罪情節及其上開犯後表現，認為對被告如犯罪事實一、二所為拍攝、製造少年性影像罪，各處以修正前即於112年2月15日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之法定最輕本刑有期徒刑1年，均有情輕法重之情而猶嫌過重，客觀上足以引起社會一般人之同情，爰均依刑法第59條之規定各予酌減其刑，以符刑罰之相當性原則。

四、本院將原判決關於其如附表編號1、3（即原判決犯罪事實一、三）所示「罪刑」及其應執行刑，予以撤銷改判之說明：

(一)原審認被告如其附表編號1（即原判決及本判決之犯罪事實一）所為，係犯於112年2月15日修正公布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製造性影像罪，及其如其附表編號3（即原判決犯罪事實三、本判決之犯罪事實二）所為，應成立於112年2月15日修正公布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，固非無見。惟查：１、原審未及就於113年8月7日修正公布、自113年8月9日起生效施行之兒童及少年性剝削防制條例第36條規定，為新舊法之比較說明，有所未合；２、又原審未及參酌最高法院刑事大法庭114年度台上大字第1405號判決意旨，就被告所為拍攝、製造少年性影像2罪，適用修正前即於112年2月15日修正公布兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之規定，且就其行為態樣各僅分別論以製造或拍攝性影像（本院係各同時論以拍攝及製造性影像），參照本判決上開理由欄三、(二)所載，難認適當；３、再原判決就被告被訴對Ａ３犯引誘使少年製造猥褻行為之性影像電子訊號罪嫌部分，遽為有罪之認

定，並認與被告所犯拍攝、製造Ａ３性影像罪之間，具有吸收之一罪關係，亦有未當（詳本判決不另為無罪諭知之說明）。被告對原判決附表編號1、3部分提起上訴，執前詞否認犯罪，依本判決上開理由欄二、(一)、(二)所示各該事證及論述、說明，固為無理由；惟被告另以本段前開２、３所示內容，指摘原判決該部分之罪刑有所未當，則非無理由，且原判決如其附表編號1、3之罪刑部分，併有本段前開１所示之微疵存在，即屬無可維持，自應由本院將原判決關於其附表編號1、3所示罪刑予以撤銷改判，至原判決關於此部分不得易科罰金之罪所定之應執行刑，因已失所依附，亦應併予撤銷之。

(二)爰審酌被告於本案行為前未曾有刑案紀錄（有法院前案紀錄表可按），素行尚稱良好，其行為時依當時之法律規定為未成年人，且為就學之學生、家庭經濟狀況勉持（參見被告警詢筆錄「受詢問人」欄所載，見偵10606卷第13頁）之智識程度、生活經濟等狀況，被告犯罪之動機、目的係為滿足一己之私慾，其如犯罪事實一所為拍攝、製造少年性影像及無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位之犯行，與如犯罪事實二所示對14歲以上未滿16歲之女子性交及拍攝、製造少年性影像等犯罪手段、情節，對Ａ３、Ａ７身心造成之損害程度，其犯後坦承部分行為，且就民事部分各與Ａ３、Ａ７調解、和解成立，並分別給付全部之應付賠償金額完畢（詳如前述）等犯罪後態度等一切情狀，就其如本判決犯罪事實一、二所犯拍攝、製造少年性影像2罪，分別量處如附表編號1、2所示之刑，並定其應執行刑如主文第二項所示（前開各罪之刑及所定應執行刑，依法均得易服社會勞動；惟是否准予易服社會勞動，係屬案件確定後之執行檢察官權責），以示懲儆。末查，被告經原判決認定所犯如其附表編號2、4、5所示各罪，業由原審處以有期徒刑（均得易科罰金）確定在案，從而，被告本案依法並不合於刑法第74條第1項第1款所定得宣告緩刑之要件；被告於本院請求併為緩刑之諭

知，於法未合，難以准許，併此陳明。

五、本院駁回上訴（指原判決之沒收）部分：

按沒收因已非刑罰，具有獨立性，其與犯罪（違法）行為並非絕對不可分離，即使對本案上訴，當原判決採證認事及刑之量定均無不合，僅沒收部分違法或不當，自可分離將沒收部分撤銷改判，其餘本案部分予以判決駁回。反之，原判決論罪科刑有誤，而得沒收部分無誤，亦可僅撤銷罪刑部分，其餘沒收部分予以判決駁回（最高法院111年度台上字第117號刑事判決參照）。查原判決關於沒收部分，業已於其理由欄肆中說明：沒收應適用裁判時之法律，有關兒童及少年性剝削防制條例之沒收規定，乃針對兒童及少年性剝削防制條例之性影像等物品沒收所為之特別規定，故若被告所犯之罪名係兒童及少年性剝削防制條例之罪，依刑法第38條第2項但書之規定，即應優先適用；扣案之ASUS廠牌行動電話1支，為被告所有、供本案犯行所用之物，此據被告於原審審理時供述在卷（見原審卷第342頁），應於其各次犯行項下依法宣告沒收（原判決引用之沒收條文即其裁判時法之於112年2月15日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項之規定，因該條項與於113年8月7日修正公布時並未有所變動，本院爰就原判決上開適用法條，依刑法第2條第2項之規定，更正為於113年8月7日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項之規定，且此部分更正無礙於原判決之沒收本旨，故不構成應予撤銷之事由，附此說明）；至被告另為警扣案之電腦主機1臺，並未查得任何資料與本案犯行有關，爰不予宣告沒收等情，經核原判決所為前開是否沒收之認定，並無不合，應予維持。被告上訴意旨並未指摘原審關於沒收部分之認事用法有何疏誤之處，應認其對原判決沒收部分之上訴，並無理由，應予駁回。

六、應不另為無罪諭知部分：

(一)公訴意旨另略以：被告於111年7月初，透過交友軟體WePlay認識Ａ３，明知Ａ３為年僅16歲之少年，竟基於引誘使少年

製造猥褻行為之電子訊號之犯意，於111年7月間某日，在其住處內，要求Ａ３與其進行視訊裸聊，Ａ３旋以行動電話通訊軟體傳送裸露胸部之猥褻電子訊號予Ａ０１觀覽，因認被告另涉有於112年2月15日修正公布前之兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之引誘使少年製造猥褻行為之性影像電子訊號罪嫌等語。

(二)按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；又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。復按法院審理後認應不另為無罪或無罪諭知部分，因無刑事訴訟法第154條第2項所謂「應依證據認定」之犯罪事實之存在，而只須於判決記載主文及理由，故其理由之論敘僅須與卷存證據資料相符，且與經驗法則、論理法則無違即可，所使用之證據不以具有證據能力者為限，即使不具證據能力之傳聞證據，亦非不得資為彈劾證據使用，故就傳聞證據是否例外具有證據能力，本無須於理由內論敘說明（最高法院100年度台上字第2980號判決意旨參照）。

(三)檢察官起訴意旨認被告涉有此部分引誘使少年製造猥褻行為之性影像電子訊號罪嫌，主要無非係以證人Ａ３之陳述為其論據。然訊據被告堅為否認有何上開被訴之引誘使少年製造猥褻行為之性影像電子訊號罪嫌，堅稱：伊沒有引誘Ａ３製造猥褻行為之性影像，其於案發時與Ａ３處於曖昧關係，才跟Ａ３進行視訊裸聊等語。經查，檢察官起訴書固記載被告於111年7月初，透過交友軟體WePlay認識Ａ３，明知Ａ３為年僅16歲之少年，竟基於引誘使少年製造猥褻行為之電子訊號之犯意，於111年7月間某日，在其住處內，要求Ａ３與其進行視訊裸聊，Ａ３旋以行動電話通訊軟體傳送裸露胸部之猥褻電子訊號予Ａ０１觀覽等語，然有關其中所載「Ａ３旋以行動電話通訊軟體傳送裸露胸部之猥褻電子訊號予Ａ０１觀覽」部分，依據證人Ａ３於警詢、偵訊及原審審理所述（見偵10606卷第19至21、51至54頁、原審卷第155至196

頁），並未曾提及有此案發情節，難以遽認被告有此部分被訴之引誘使少年製造猥褻行為之性影像行為。又有關被告與Ａ３視訊裸聊部分，雖證人Ａ３於警詢時曾一度泛稱其係遭被告「哄騙」（見偵10606卷第20頁），且於原審提及被告當時表示想看其身體等語（見原審卷第160頁）；惟參以被告及證人Ａ３均一致陳稱其等於案發時係處於曖昧之關係（見偵10606卷第14頁、原審卷第170、171頁），證人Ａ３於原審並證述：伊因與被告互相聊天、瞭解，其認為與被告正處在曖昧關係中，故而答應被告裸聊，於視訊時雙方都有裸露，伊有掀開上衣，Ａ０１也有打手槍，Ａ０１說不會截圖、也不會外流，才會進行視訊裸聊等語（見原審卷第160至161、170至171頁）；且按於112年2月15日修正公布前之兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項所定之「引誘」，係指勸導或誘惑原無意被拍攝、製造性交、猥褻行為之電子訊號等之兒童或少年，使其產生被拍攝、製造之意思而言（最高法院110年度台上字第2208號判決意旨參照），而本件既經本院於有罪部分，認定Ａ３係在其不知、且未同意之情況下，遭被告竊錄性影像並擅自予以截圖，而犯拍攝、製造Ａ３性影像罪，自難認被告另有勸導或誘惑原無意被拍攝、製造性交、猥褻行為之電子訊號等之兒童或少年，使其產生被拍攝、製造之意思，而應成立此部分被訴之引誘使少年製造猥褻行為之性影像罪嫌。依上所述，被告堅決否認有上開被訴引誘使少年製造猥褻行為之性影像電子訊號之行為，可為採信。本案依檢察官起訴所舉之事證，尚不以使本院達於被告有此部分被訴罪嫌之確切心證，且本院亦查無被告有該部分犯行之積極具體證據，本應為無罪之諭知，然因起訴意旨認被告此部分被訴引誘使少年製造猥褻行為之性影像電子訊號罪嫌，與前開經本院判決有罪之如犯罪事實一所示拍攝、製造Ａ３性影像罪之間，具有犯意提昇之吸收一罪關係，爰不另為無罪之諭知。

據上論斷，應依刑事訴訟法第300條、第368條、第369條第1項

前段、第364條、第299條第1項前段(依判決格式簡化原則，僅引用程序法條文），判決如主文。

本案經檢察官蔡明峰提起公訴，檢察官Ａ０２到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　2　　日

刑事第十二庭　審判長法　官　簡源希

法　官　劉麗瑛

法　官　李雅俐

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　陳宜廷

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　2　　日

附錄論罪科刑法條：

112年2月15日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項：

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1百萬元以下罰金。

刑法第227條：

對於14歲以上未滿16歲之男女為性交者，處7年以下有期徒刑。

刑法第315條之1第2款：

有下列行為之一者，處3年以下有期徒刑、拘役或30萬元以下罰金：

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。

附表：

編號	犯罪事實	主　文
1	本判決之犯罪事實一	1.本院將原判決之罪刑予以撤銷改判部分： Ａ０１犯拍攝、製造少年性影像罪，處有期徒刑陸月。 2.本院：上訴駁回（指本院維持原判決之沒收部分）。 原判決主文之沒收部分： 扣案之手機壹支沒收。
2	本判決之犯罪事實二	1.本院將原判決之罪刑予以撤銷改判部分： Ａ０１犯拍攝、製造少年性影像罪，處有期徒刑陸月。 2.本院：上訴駁回（指本院維持原判決之沒收部分）。 原判決主文之沒收部分： 扣案之手機壹支沒收。