臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度上訴字第1411號

上　訴　人
即　被　告　黃裕騰
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人陳秋靜

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣臺中地方法院113年度訴字第1662號中華民國114年8月27日第一審判決(起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第48113號)，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於以違反本人意願之方法使少年被製造性影像罪暨執行刑部分，均撤銷。

Ａ０１犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪，處有期徒刑壹年貳月。

其他上訴駁回。

撤銷改判與上訴駁回部分，應執行有期徒刑參年玖月。

犯罪事實

一、Ａ０１於民國112年12月8日前某日，透過網路遊戲認識代號BF000-Z000000000之女童(000年0月生，真實姓名年籍詳卷，下稱乙女)後，在與乙女以通訊軟體LINE聊天時，已預見乙女可能係未滿12歲之兒童，竟基於引誘對象係未滿12歲之兒童亦不違背其本意之引誘兒童自行拍攝性影像之不確定故意，於112年12月10日、16日及20日某時，在其臺中市之居處，以通訊軟體LINE向乙女稱以互相傳送自拍性影像為誘因，接續要求乙女自行拍攝裸露胸部及陰部之性影像再傳送予被告，乙女本無意願拍攝上開性影像，惟乙女不耐被告一再要求拍攝，因而於上開時間，在其新竹市東區之居處(住址詳卷)，以手機開啟照相功能後，於112年12月10日、16日

及20日自行拍攝裸露其胸部及陰部之性影像共5張，再以通訊軟體LINE將上開性影像傳送予Ａ０１，Ａ０１以所有之IPHONE手機(另案經臺灣嘉義地方法院以113年度侵訴字第14號判決宣告沒收)收受乙女傳送之兒童性影像後，基於無正當理由持有兒童性影像之犯意，將上開兒童性影像儲存於上開手機內而持有之(此部分之犯罪事實，因檢察官並未提起上訴，Ａ０１只就量刑部分上訴，不在本院審判範圍)。

(二)Ａ０１於112年11月28日前某日，透過社群網站IG認識代號BN000-Z000000000之少女(00年0月生，真實姓名年籍詳卷，下稱丙女)後，其在與丙女以通訊軟體IG聊天時，經丙女告知其年齡為15歲。Ａ０１明知丙女為14歲以上未滿16歲之女子，為取得丙女之性影像，謀議藉由與丙女裸體聊天視訊，而基於對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻行為及拍攝少年之性影像等犯意，於112年11月28日至112年12月18日間某日，以通訊軟體IG要求丙女進行裸體聊天視訊，丙女雖同意與Ａ０１進行裸體視訊，惟不知悉Ａ０１竊錄其性影像之意圖，遂於上開期間某日某時，在其臺北市松山區之住處(住址詳卷)，以手機開啟通訊軟體IG視訊聊天功能與Ａ０１進行聊天視訊，Ａ０１再指示丙女以其手指插入陰道，丙女遂依Ａ０１之指示做出手指插入陰道之猥褻行為，由Ａ０１在其臺中市之居處觀覽上開猥褻影像，並以手指套弄陰莖之方式進行自慰而滿足性慾，而Ａ０１在丙女不知情時，以手機截圖方式接續偷拍丙女上開裸露胸部、以手指插入陰道之性影像4張，再將上開性影像儲存於手機內。

(三)嗣Ａ０１因另案涉犯違反兒童及少年性剝削防制條例案件，為警查獲並扣押其所有之IPHONE手機，於手機內發現乙女及丙女之性影像後，循線查悉上情。

二、案經丙女、Ａ０００７、丙女之舅公即BN000-Z000000000B等人訴由嘉義縣警察局中埔分局報告臺灣嘉義地方檢察署檢察官陳請臺灣高等檢察署檢察長令轉臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分：

一、刑事訴訟法第348條規定，上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。本件係由上訴人即被告Ａ０１(下稱被告)提起上訴，檢察官則未於法定期間內提起上訴。被告及辯護人於本院審判程序時，均明確表示就原判決關於被告引誘兒童自行拍攝性影像部分僅針對量刑上訴，對犯罪事實不上訴；就原判決關於被告以違反本人意願之方法使少年被製造性影像部分之罪名及刑部分提起上訴，對犯罪事實沒有爭執不上訴等語(見本院卷第87頁)。本院審酌後者部分，被告及其辯護人係主張應適用兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪名，而罪名與犯罪事實具有密切不可分之關係，被告既爭執此部分之罪名，其上訴效力應及於與其有關係之犯罪事實及沒收。是就被告對乙女部分之犯罪事實，即不在本院審判範圍，本院僅就該部分之量刑進行審判；就被告對丙女之犯罪事實、刑及沒收部分，均在本院審判範圍，先予敘明。

二、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；又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合同法第159條之1至第159條之4之規定，但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。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，刑事訴訟法第159條第1項及第159條之5分別定有明文。本案以下由檢察官所提出而採為認定被告對丙女犯罪之證據，其性質屬被告以外之人於審判外之陳述而屬傳聞證據者，檢察官、被告及辯護人於本院審判程序時，均表示沒有意見，不爭執證據能力等語(見本院卷第87至88頁)，且均未

於言詞辯論終結前聲明異議。本院審酌上開傳聞證據作成時之情況，核無違法取證及證明力明顯過低之瑕疵，為證明犯罪事實所必要，亦認為以之作為證據為適當，自得逕依同法第159條之5規定作為證據。又傳聞法則乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述而為之規範，本判決以下引用之非供述證據，無刑事訴訟法第159條第1項規定傳聞法則之適用，經本院於審判時依法踐行調查證據程序，與本案待證事實具有自然之關聯性，且無證據證明係公務員違法取得之物，依法自得作為證據。

貳、認定被告對丙女犯罪所憑之證據及理由：

被告於警詢、檢察官偵查、原審及本院審判時，對於此部分之犯罪事實均坦承不諱，核與證人即告訴人丙女於警詢及檢察官偵訊時指述之情節相符，並有丙女之113年5月14日性影像通報表、臺灣嘉義地方法院113年度侵訴字第14號刑事判決、臺灣嘉義地方檢察署113年度偵字第2718號起訴書、兒少性剝削事件報告單、被告手機內儲存丙女側錄影片、與丙女對話紀錄翻拍照片等在卷可參，足認被告所為之任意性自白與事實相符，堪以採信。從而，本案事證明確，被告此部分之犯行堪以認定，應依法論科。

參、新舊法比較：

被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條之規定於113年8月7日修正公布，113年8月9日施行。該條例第36條第1項修正前原規定：「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(下同)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10萬元以上100萬元以下罰金」；該條例36條第2項修正前原規定：「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300萬元以下罰金。」；修正後規定：「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300萬元以下罰金。」；該條例36條第3項修正前原規定：「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500萬元以下罰金。」；修正後規定：「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500萬元以下罰金。」修正後該條例第36條第1至3項均僅增列「無故重製性影像」之行為態樣，此與被告於本案所犯「引誘兒童自行拍攝性影像」、「以違反本人意願之方法使少年被製造性影像」之行為無涉，自無須為新舊法比較。惟該條例第36條第1項修正後之規定將最低罰金刑提高，修正後並非有利行為人，經比較新舊法結果，該部分自應依刑法第2條第1項前段，適用被告行為時即修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之規定論處。

肆、論罪科刑：

一、查告訴人乙女自行拍攝裸露胸部及陰部之照片及被告以手機截圖方式拍攝告訴人丙女裸露胸部、以手指插入陰道之照片，該等照片內均有性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位及與性相關足以引起性慾或羞恥之行為，自均屬於刑法第10條第8項第2款所定之性影像。又行為人未施強暴、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(最高法院大法庭114年台上大字第1405號裁定參照)。

二、核被告就犯罪事實□㈠所為，係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之引誘兒童自行拍攝性影像罪；就犯罪事實□㈡所為，則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、刑法第227條第4項之對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻罪。公訴意旨雖認被告就犯罪事實□㈡所為，係涉犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之以詐術製造少年性影像罪嫌，惟並未提及被告具體施用詐術之內容，且依本案卷證資料可知，被告係以偷拍方式對不知情之丙女拍攝性影像，公訴意旨前揭所認，尚有誤會。然起訴書所認被告此部分之犯行，與法院所認定被告犯行之社會基本事實同一，且經本院於審判時告知被告上開罪名，由檢察官及被告、辯護人就此部分辯論，已充分保障被告之防禦權，爰依法變更起訴法條。

三、被告引誘乙女自行拍攝性影像後，及被告以偷拍方式拍攝丙女性影像後，無正當理由分別持有上開兒童或少年性影像之低度行為，應分別為引誘兒童自行拍攝性影像罪、拍攝少年性影像罪之高度行為所吸收，均不另論罪。

四、被告前後多次引誘乙女自行拍攝性影像5張、拍攝丙女性影像4張等犯行，各係基於單一之決意，於密切接近之時地實施，侵害同一法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，應各論以接續犯之一罪。

五、被告於犯罪事實□㈡對丙女所為之對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻罪及拍攝少年性影像罪，均係在同一次視訊裸體聊天時所為，手段與目的間有部分合致之一行為，屬一行為觸犯數罪名之想像競合犯，應從一重之拍攝少年性影像罪處斷。

六、被告就犯罪事實□㈠㈡所載2次犯行，其犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

七、被告於犯罪事實□㈠㈡所犯之刑法第227條第4項之對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻罪、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、同條例第36條第2項之引誘兒童自行拍攝性影像罪，已將「對14歲以上未滿16歲之男女」、「兒童或少年」設為特別處罰之規定，亦即已將被害人年齡為其處罰之特殊要件，依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書規定，自毋庸再依該法第112條第1項前段之規定加重其刑。

八、再刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用。本院考量被告為成年人，於行為時明知丙女為未滿18歲之少女，亦可得而知乙女僅係未滿12歲之兒童，竟為滿足一己性慾，利用乙女年紀甚輕、身心發展均未成熟之情，以言語引誘乙女拍攝裸露胸部、陰部等性影像供其觀賞，對乙女造成莫大之身心影響；復趁與丙女進行裸體聊天視訊時，未經丙女同意，以手機偷拍丙女裸露胸部、以手指插入陰道之性影像，侵害丙女之身心健康及人格發展，犯罪情節實非輕微。被告犯後雖坦承犯行，並分別與乙女以20萬元成立調解、與丙女祖母以50萬元成立調解，且各支付13萬元、4萬元，有原審114年度中司刑移調字第412、2494號調解筆錄及電話紀錄表、LINE對話擷圖各1份附卷足憑(見原審卷第103至104、185至186、189、193頁、本院卷第21至25頁)，然衡酌被告之行為對兒童及少年性自主權及社會秩序危害非輕，主觀惡性重大，依其客觀犯行與主觀惡性考量，實難認有何特殊之原因與環境而顯可憫恕，足以引起一般同情，或科以最低度刑仍嫌過重之情輕法重之情，自無適用刑法第59條規定酌量減輕其刑之餘地，被告及辯護人請求依刑法第59條規定酌減其刑，本院無從憑採。

伍、上訴駁回部分之說明：

原審經審判結果，以被告於犯罪事實□㈠對乙女之犯行部分事證明確，適用上開規定，於科刑時審酌被告案發時為成年人，乙女為兒童，被告與乙女之年齡及智識程度有相當差距，而乙女之性自主決定權及判斷能力均未成熟，然被告明知上情，卻未思自我克制，猶為滿足自己之私慾，引誘乙女自行拍攝性影像，影響乙女身心健康發展，行為殊值非難；被告始終坦承犯行，並表示深切懺悔之犯後態度(見原審卷第79至83、147至150頁之懺悔書)；被告與乙女成立調解，並已履行部分調解內容；檢察官、告訴代理人林聖芳律師、被告及辯護人對於量刑之意見；兼衡被告之犯罪動機、手段，被告前因違反兒童及少年性剝削防制條例等案件，經臺灣嘉義地方法院以113年度侵訴字第14號判決判處有期徒刑10月、6月，緩刑3年確定之素行；及被告於原審自述之智識程度、家庭經濟狀況(見原審卷第141至142頁)等一切情狀，量處有期徒刑3年2月之宣告刑。經核原判決此部分適用法律均無違誤，於針對被告量刑時，又已依據刑法第57條各款規定所列之情狀詳予審酌，其刑罰裁量職權之行使，既未逾越法律所規定之範圍，亦無濫用權限之情形，難遽謂原判決就此部分之量刑有何不當，應予維持。被告就此部分提起上訴，以其坦承犯行，已與乙女成立調解並願意主動增加賠償金額，而一直盡力賠償乙女等情，主張其應有刑法第59條減刑規定之適用，而請求從輕量刑等語，然被告並無刑法第59條酌減其刑之適用，業經本院認定如前，且被告繼續履行分期賠償責任，亦屬其依調解條件履行之義務，且業經原審列為量刑之審酌事項，縱被告嗣後仍履行剩餘損害賠償金，亦無從動搖本案之量刑基礎。是被告未提出其他有利之證據，徒以上情指摘原審判決不當，自非可採，是其此部分之上訴為無理由，應予駁回。

陸、撤銷改判部分之說明：

原審就被告犯罪事實□㈡對丙女之犯行部分，以其此部分之犯罪事證明確，予以論罪科刑，固非無見。然原審未及審酌

最高法院大法庭114年台上大字第1405號裁定意旨，認被告偷拍丙女性影像之所為，應成立兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪，自有未洽。是被告就此部分提起上訴，執以指摘原審判決此部分不當，為有理由，應由本院將原判決此部分撤銷，其就被告所定之應執行刑，亦失所依據，應併予撤銷。爰審酌被告前於104年間，曾因運輸第四級毒品案件，經臺灣高等法院以105年度上訴字第518號判決判處有期徒刑2年6月確定，於107年9月12日縮短刑期假釋期滿執行完畢，素行尚非良好，其犯行對於丙女身心健全發展及隱私權、內心安全感等法益侵害之程度；被告於警詢、檢察官偵訊、原審及本院審判時均坦承犯行，並已與丙女祖母達成調解，但尚未賠償完畢之犯後態度，被告於原審及本院自陳之學經歷、工作、家庭(見原審卷第141至142頁、本院卷第93頁)等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

柒、就被告上開上訴駁回與撤銷改判部分，因合於刑法數罪併罰之規定，本院斟酌被告於本案所為之2次犯行，犯罪時間密接，犯罪性質類似，責任非難重複之程度較高，爰考量刑罰邊際效應隨刑期而遞減及被告所生痛苦隨刑期而遞增，及被告社會復歸之可能性等情，本於罪責相當原則之要求，在法律外部性及內部性界限範圍內，綜合斟酌被告犯罪行為之不法與罪責程度，及對其施以矯正之必要性，定其應執行之刑有期徒刑3年9月。

據上論斷，應依刑事訴訟法第348條第1項、第3項、第369條第1項前段、第368條，修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項，刑法第2條第1項、第11條、第227條第4項、第55條、第51條第5款，判決如主文。

本案經檢察官黃立宇提起公訴，檢察官Ａ０２到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　24　　日

刑事第一庭　　審判長法　官　蔡　名　曜

法　官　鄭　永　玉

法　官　林　宜　民

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　琬　婷

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　24　　日