

# 臺灣高等法院刑事判決

113年度侵上訴字第83號

上訴人 臺灣新北地方檢察署檢察官

上訴人

即被告 何忠勳

選任辯護人 蔡菘萍律師(法扶律師)

上列上訴人等因被告妨害性自主等案件，不服臺灣新北地方法院112年度侵訴字第161號，中華民國113年3月26日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第78231號），提起上訴，本院判決如下：

## 主 文

原判決關於製造兒童性影像罪之罪刑、拍攝兒童性影像罪所處之刑（含沒收）及定應執行刑部分，均撤銷。

何忠勳犯引誘使兒童製造性影像罪，處有期徒刑參年貳月；又經原審認定犯拍攝兒童性影像罪，處有期徒刑壹年貳月。扣案蘋果牌iPhone 12 Pro Max手機壹支及其內性影像之電子訊號沒收之。

其他上訴駁回。

上開撤銷改判及上訴駁回部分所處之刑，應執行有期徒刑肆年拾月。

## 事 實

一、何忠勳於民國112年10月間，使用交友軟體「SayHi」，以暱稱「秋本明」之方式，認識代號AD000-A112688號(即AD000-Z000000000號，000年0月生，真實姓名年籍詳卷，下稱A女)，明知A女尚讀國小，為未滿12歲之兒童，竟分別為下列行為：

(一)何忠勳基於引誘兒童製造性影像之犯意，各於如附表所示之

01 時間，透過通訊軟體LINE，接續傳送如附表所示訊息給A  
02 女，引誘A女自行拍攝如附表所示之客觀上足以刺激、滿足  
03 性慾之裸露胸部、下體等身體隱私部位之性影像，並以如附  
04 表所示通訊軟體回傳給何忠勳持用蘋果牌iPhone 12 Pro Ma  
05 x手機，而製造A女之性影像得逞。

06 (二)何忠勳基於與未滿14歲之女子為性交之犯意，持其前述手  
07 機，與A女相約於112年10月31日下午4時5分許，在新北市○  
08 ○區○○○○○段000號前見面，即駕駛車牌號碼000-0000租  
09 賃小客車搭載A女，於同日下午4時15分許，至桃園市○○區  
10 ○○路0段000號碧雲天汽車旅館迴龍館某房間，未違反A女  
11 之意願，褪去A女之衣物，以舌頭舔A女胸部及下體，以性器  
12 插入A女陰道口之方式，而為性交行為得逞。何忠勳另萌生  
13 拍攝兒童性影像之犯意，當場以所持前述手機，拍攝A女與  
14 性相關而客觀上足以引起性慾、羞恥之裸露胸部、下體等身  
15 體隱私部位、以性器接觸A女下體及性交行為之性影像7張得  
16 手。嗣經A女之母(代號AD000-A112688A，真實姓名年籍詳  
17 卷，下稱B女)發覺有異報警處理，經警於112年11月14日拘  
18 提何忠勳到案，並持票搜索扣得前述手機1支，始查悉上  
19 情。

20 二、案經A女、B女訴由新北市政府警察局婦幼警察隊報告臺灣新  
21 北地方檢察署檢察官偵查起訴。

22 理 由

23 壹、程序事項

24 一、本院審理範圍

25 原審判決後，檢察官及被告均不服提起上訴，被告上訴主張  
26 與A女為性交部分應屬未遂，並爭執原判決量刑過重；檢察  
27 官於本院審理時陳明其上訴理由同時引用告訴人提出之刑事  
28 聲請上訴狀所載之理由，然依告訴人所提出之刑事聲請上訴  
29 狀所載內容，顯係就原判決之全部提起上訴，是本院理範圍  
30 為原判決全部，先予敘明。

31 二、證據能力部分

01 (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  
02 者外，不得作為證據。又被告以外之人於審判外之陳述，經  
03 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  
04 面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事人、  
05 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  
06 為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有  
07 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  
08 有明文。經查，本判決所引用被告以外之人於審判外陳述之  
09 供述證據，檢察官、被告及辯護人於本院審判期中表示無  
10 意見而不予爭執，且迄至言詞辯論終結前亦未再聲明異議，  
11 本院審酌此等證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明  
12 力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，故揆諸  
13 前開規定，爰逕依刑事訴訟法第159條之5規定，認前揭證據  
14 資料均例外有證據能力。

15 (二)本判決下列所引用之其餘證據，並無證據證明係公務員違背  
16 法定程序所取得，亦無顯有不可信之情況，且經本院於審理  
17 期日提示予被告辨識而為合法調查，自均得作為本判決之證  
18 據。

## 19 貳、實體事項

### 20 一、認定事實所憑之證據及理由

#### 21 (一)關於引誘A女製造性影像部分

22 1.關於被告於112年10月間，使用交友軟體「SayHi」，以暱稱  
23 「秋本明」之方式結識告訴人A女、知悉A女是國小六年級的  
24 學生，並於附表所示時間，透過通訊軟體LINE，傳送如附表  
25 所示訊息給A女，由A女自行拍攝如附表所示之裸露身體隱私  
26 部位之性影像，再以如附表所示通訊軟體回傳給被告等情，  
27 業據被告於原審及本院審理時坦白承認，核與告訴人A女於  
28 警詢、偵訊證述（偵卷第20頁至第24頁背面、第25頁至第27  
29 頁、第28頁及該頁背面、第103頁及該頁背面、他卷第26頁  
30 至第28頁），及告訴人B女於警詢、偵訊證述之情節大致相  
31 符（他卷第18頁至第21頁、第30頁至第31頁），並有性影像

01 影片翻拍照片截圖3張、性影像照片7張、被告與告訴人A女  
02 透過通訊軟體Messenger對話紀錄截圖2張、LINE對話紀錄截  
03 圖321張在卷可資佐證（不公開偵卷第4頁及該頁背面、第5  
04 頁背面至第6頁、第7頁、第8頁至第28頁背面），此部分客  
05 觀事實堪以認定。

06 2.雖被告矢口否認有何引誘之情事，辯稱：我是單方面詢問A  
07 女，並沒引誘A女拍攝，這部分行為只該當兒童及少年性剝  
08 削防制條例第36條第1項之製造兒童性影像罪云云。惟查：

09 (1)告訴人A女係000年0月生，有性侵害案件專用代號與真實姓  
10 名對照表1紙在卷可稽（見不得閱覽卷第1頁），是A女於112  
11 年10月間係未滿12歲之兒童無訛。

12 (2)再按兒少條例第36條第2項所稱：「引誘」使兒童或少年製  
13 造猥褻電子訊號，文義上係指兒童或少年初無製造猥褻行為  
14 電子訊號之意，因行為人之勸導誘惑，始決意為之者而言。  
15 此與同條第1項之單純拍攝、製造兒童或少年猥褻行為之電  
16 子訊號罪，因行為人侵害兒童或少年意思決定自由之程度不  
17 同，而異其罪刑，乃為保護兒童及少年免於因任何非法之性  
18 活動而遭致性剝削之基本人權（最高法院110年度台上字第2  
19 86號判決要旨參照）。查告訴人A女於偵訊時證稱：我有跟  
20 被告說我讀小學6年級，並說讀那間國小，被告就說想當我  
21 男友，被告沒有跟我說他幾歲，我傳一個害羞的貼圖給他。  
22 然後被告就說想看我洗澡的影片，我就說嗯，所以我當天拍  
23 給他，我傳給他後，他傳一個兔兔親熊大的貼圖等語（他字  
24 卷第27頁）。再檢視被告與告訴人A女間透過通訊軟體Messe  
25 nger、LINE之對話紀錄截圖，可見被告確有傳送如附表所示  
26 之「想超看妹妹迷人的香乳跟小嫩穴」、「好期待妹妹的小  
27 嫩穴」（112年10月15日）、「妹妹把小嫩穴掰開來」、「  
28 讓哥哥看看」、「讓哥哥看看妹妹迷人的小嫩穴吧」（11  
29 2年10月16日）、「當然是想欣賞妹妹迷人的身體啊」、「  
30 妹妹待會要拍全身的樣子讓哥哥看」、「小嫩穴也掰開來  
31 讓哥哥看清楚些」、「屁股也要拍到歐」（112年10月17

01 日)、「好想再看看妹妹迷人的身體跟小嫩穴阿…」、「妹  
02 妹可以拍給哥哥欣賞嗎」(112年10月19日)、「妹妹何時  
03 要拍小嫩穴特寫讓哥哥欣賞啊」、「用兩隻手把小嫩穴掰  
04 開來」、「哥哥想看妹妹的全身照」(112年10月21日)、  
05 「妹妹快去洗澡吧」、「可以讓哥哥欣賞妹妹迷人的翹臀  
06 嗎」(112年10月26日)等訊息予A女(不公開偵卷第8頁至  
07 第28頁背面),是綜合告訴人A女證詞、被告與A女之對話紀  
08 錄,顯示被告確有多次要求、索討、鼓勵A女繼續拍攝性影  
09 像,甚至指示A女採特定姿勢拍攝特定身體部位(拍攝胸  
10 部、下體、臀部,以手指撥開下體等)供其觀賞,A女因而  
11 傳送如附表所示之性影像予被告,堪認告訴人A女應係受被  
12 告前揭不當之勸誘影響,始自行拍攝胸部、下體等性影像傳  
13 送給被告,被告此部分行為自當成立兒童及少年性剝削防制  
14 條例第36條第2項引誘使兒童製造性影像罪,其辯稱僅該當  
15 同條例第36條第1項之製造兒童性影像罪云云,自無可採。

16 (二)關於對於A女為性交及拍攝A女性影像部分

17 1.關於被告駕駛小客車搭載告訴人A女,於112年10月31日下午  
18 4時15分許,至上開碧雲天汽車旅館迴龍館某房間,未違反A  
19 女之意願,褪去A女之衣物,以舌頭舔A女胸部及下體,以性  
20 器接觸A女陰道口,再當場以扣案手機,拍攝A女之裸露胸  
21 部、下體等身體隱私部位、以性器接觸A女下體之性影像等  
22 情,於原審及本院審理時均坦白承認,核與上開告訴人A女  
23 、告訴人B女於警詢、偵訊時證述情節大致相符(偵卷第20  
24 頁至第24頁背面、第25頁至第27頁、第28頁及該頁背面、第  
25 103頁及該頁背面,他卷第18頁至第21頁、第26頁至第28  
26 頁、第30頁至第31頁),並有新北市政府警察局婦幼警察隊  
27 搜索扣押筆錄與扣押物品目錄表、碧雲天汽車旅館迴龍館入  
28 住資訊查詢畫面、新北市政府警察局婦幼警察隊查訪筆錄、  
29 和雲行動服務股份有限公司汽車出租單、監視器錄影畫面翻  
30 拍照片、現場指認照片、被告住處照片、性影像照片等件在  
31 卷可稽(偵卷第40頁至第41頁背面、第42頁、第59頁、第60

01 頁及該頁背面、第61頁至第63頁、第64頁至第66頁背面上  
02 方、第66頁背面下方、第67頁及該頁背面、不公開偵卷第5  
03 頁背面至第6頁），此部分客觀事實堪以認定。

04 2.雖被告矢口否認有何性交既遂事實，辯稱：我有用陰莖碰A  
05 女外陰部，A女說痛我就停下來了，沒有插入A女外陰部，只  
06 有抵住外陰部，僅構成性交未遂云云。惟查，按刑法所稱  
07 「性交」者，謂非基於正當目的對他人所為之性侵入行為，  
08 其中包括以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性  
09 器、肛門或使之接合之行為，該法第10條第5項第2款規定甚  
10 明。女性之性器，包括大、小陰唇、陰蒂、陰道、子宮等部  
11 位，凡以性器或性器以外之其他身體部位或器物進入上開女  
12 性性器部位或使之接合，均係刑法第10條第5項所指之性交  
13 行為。性交既遂與未遂之區分，係採接合說。行為人基於性  
14 交之意，以性器或性器以外之其他身體部位進入被害人之性  
15 器，或使之接合，即屬性交既遂行為。被告欲以性器插入告  
16 訴人A女陰道，告訴人A女說會痛即止於陰道口之事實，業據  
17 被告與告訴人A女述明一致在卷（偵卷第17頁背面、第86  
18 頁、偵卷第103頁，原審卷第34頁、第108頁、第168頁），  
19 觀諸被告與告訴人A女對話紀錄「哥哥今天只有把龜頭插入  
20 而已，下次來試試看把整根插入妹妹的小嫩穴」等語，有上  
21 開對話紀錄截圖在卷可證（不公開偵卷第28頁），依其所拍  
22 攝性影像照片呈現告訴人A女陰道口確已些微張開夾住被告  
23 性器最前端之事實（不公開偵卷第6頁），核與告訴人A女感  
24 到疼痛反應相符，足認上訴人主觀上顯係為滿足自己之性  
25 慾，客觀上其性器亦已侵入A女之性器內即陰道口而與之相  
26 接合，所為已符合刑法第10條第5項所稱之「性交」，應成  
27 立性交既遂，殆無疑義，被告辯稱構成性交未遂云云，自無  
28 可採。

29 3.至告訴代理人認告訴人A女年僅11歲，就被告所為之性交行  
30 為、或為其拍攝之性影像應不具自主之意思能力，且案發時  
31 處於無助而難以、不易或不敢反抗狀態，依A女證稱有要求

01 被告「不要用」，「不要弄，我想回家了」，「我有推他，  
02 叫他不要用」並不同意被告所做的事，主張被告違反A女意  
03 願而應構成刑法第222條第1項第2款之對未滿14歲女子犯強  
04 制性交罪嫌、兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之以  
05 違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像罪嫌，被告事後給  
06 告訴人糖果，亦構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第2  
07 項之引誘兒童被拍攝性影像罪嫌等語。然查：

08 (1)按關於妨害性自主案件，立法者針對行為人與未滿14歲男女  
09 為性交行為，依行為人有無對被害人施以違反其意願方法之  
10 不同，而規定分別成立刑法第222條第1項第2款之加重強制  
11 性交罪（法定刑為7年以上有期徒刑）或同法第227條第1項  
12 之對未成年人為性交罪（法定刑為3年以上10年以下有期徒  
13 刑），是以「行為人有無採取違反意願之手段」，實屬區分  
14 上開二罪之重要犯罪構成要件。從而，於未滿14歲之男女為  
15 告訴人而指訴遭人強制性交之案件，告訴人之指證內容，除  
16 須就發生性交之構成要件事實有補強證據外，關於「行為人  
17 有無採取違反意願之手段」之構成要件事實部分，亦應有補  
18 強證據與告訴人之指述相互印證，並須達於使一般之人均不  
19 致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，後者如有欠缺，基  
20 於「罪疑為輕」原則，僅能論以犯罪情節較輕之刑法第227  
21 條第1項之對未成年人為性交罪，而無從以須具備「違反被  
22 害人意願」構成要件之刑法第222條第1項第2款加重強制性  
23 交罪相繩。

24 (2)告訴人A女雖於警詢、偵訊時證稱案發時有要求被告「不要  
25 用」，「不要弄，我想回家了」，「我有推他，叫他不要  
26 用」等語（他卷第9、13、27頁），惟觀察A女歷次證詞可  
27 知：①先於警詢時證稱：被告於112年10月31日下午4點開車  
28 到我學校找我，被告在車上有搭肩摸我的腿接著親我的臉  
29 頰，我叫他「不要用」，被告就說「我不勉強你做不喜歡  
30 的事」，我跟被告說我想回家，被告就開車回學校旁的虱目魚  
31 店讓我下車，結果我回到家已經下午5點，媽媽覺得奇怪看

01 我手機，才發現被告對我做的是等語（他卷第8至9頁）；②  
02 再於警詢時證稱：被告在車上親我臉頰、摸大腿、摸屁股  
03 時，我有推他，叫他不要用，被告並沒有使用暴力、脅迫、  
04 恐嚇、催眠術或其他違反意願的方法等語（他卷第13頁）；  
05 ③另於偵訊時證稱：被告在汽車旅館有親我的胸部跟嘴巴，  
06 然後用他的性器官碰我的性器官，我有痛的感覺，我有跟被  
07 告說會痛，被告有停下來等語（偵卷第103頁），是依告訴  
08 人A女上開證述可知，A女與被告相處過程中，均可表達反對  
09 或不願意之意思，顯具有自主之意思能力，且於A女為上開  
10 反對意思時，被告均立即停止動作，並無進一步為違反A女  
11 意願之行為，且卷內亦無其他證據確認被告係以違反A女意  
12 願之方法，而對A女為強制性交。

13 (3)另證諸前揭被告與告訴人A女對話紀錄內容「【被告】妹妹  
14 會不會高潮到呻吟呢」，「【告訴人A女】應該會吧」（不  
15 公開偵卷第25頁反面），「【被告】最喜歡哪部份」，  
16 「【告訴人A女】不告訴你」，「【被告】妹妹給幾分  
17 呢」，「【告訴人A女】7分」，「【被告】滿分是十分  
18 嗎」，「【告訴人A女】嗯」，「【被告】妹妹有沒有被哥  
19 哥的大棒棒嚇到」，「【告訴人A女】沒」，【被告】妹妹  
20 覺得痛」，「【被告】不想再讓哥哥插進去一些時」，  
21 「【被告】哥哥也遵從妹妹的意願」，「【被告】馬上停止  
22 了」，「【告訴人A女】嗯」等語（不公開偵卷第28頁），  
23 是觀察被告與告訴人A女之對話內容，足認告訴人A女於事前  
24 係願意與被告私下約會見面，且於事後就性行為過程之討  
25 論，亦無不悅或不願意之反應，應已具備表達合意為性交與  
26 否之意思能力，堪以認定。

27 (4)另告訴人A女於偵訊時亦證稱：在旅館與被告發生性行為  
28 時，我知道被告在拍照，我有跟被告說不要拍到臉等語（偵  
29 卷第103頁），是被告與A女發生性行為時，A女已知悉被告  
30 正在拍攝其性交行為之過程，A女並向被告表示不要拍攝到  
31 臉部等情，顯見被告此部分拍攝行為，亦無任何違反A女意

01 願之情形。另被告於警詢時與原審均供稱：對話中有提到第  
02 1次見面我會不好意思，所以問他要什麼東西，A女想要糖  
03 果，並沒有用東西去引誘他，我還送他1瓶飲料，因為他當  
04 天有運動等語（偵卷第18頁，原審卷第171頁），並有對話  
05 紀錄截圖在卷可佐（不公開偵卷第23頁背面），亦無從認其  
06 餽贈與本案存在對價關係。

07 (5)此外，查無其他證據足以證明告訴人A女於案發時有何「不  
08 具自主之意思能力」之情形，亦無證據證明被告確有施以違  
09 反告訴人A女意願或引誘等方法，此部分實難遽為被告不利  
10 之認定，告訴代理人此部分之主張，尚有誤會，附此敘明。

11 (三)綜上所述，本件事證明確，被告於前開時、地引誘兒童製造  
12 性影像、對於未滿14歲之女子為性交、拍攝兒童性影像之犯  
13 行均堪認定，應依法論科。

## 14 二、論罪

15 (一)查被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項、  
16 第2項業於113年8月7日修正公布施行，並自同年9日起生  
17 效。

18 1.修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項原規定「拍  
19 攝、製造兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起  
20 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  
21 期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金」，修正後規定則  
22 為「拍攝、製造、無故重製兒童或少年之性影像、與性相關  
23 而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處  
24 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  
25 元以下罰金」。經比較修正前、後同條例第36條第1項之規  
26 定，其修正內容係增列「無故重製兒童或少年之性影像」之  
27 犯罪態樣，且提高併科罰金之最低度金額，修正後規定並未  
28 有利被告，依刑法第2條第1項前段規定，自應適用修正前兒  
29 童及少年性剝削防制條例第36條第1項之規定處斷。

30 2.修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項原規定「招  
31 募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍

01 攝、自行拍攝、製造性影像、與性相關而客觀上足以引起性  
02 慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處3年以上10年以下有  
03 期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金」，修正後規定則  
04 為「招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少  
05 年被拍攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、與性相關而  
06 客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處3  
07 年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰  
08 金」，修正後規定係增列使兒童或少年無故重製性影像等物  
09 品之處罰態樣，與本件之論罪科刑無涉，此部分不生新舊法  
10 比較問題，應逕行適用修正後規定論處。

11 (二)核被告所為，就事實欄一(一)部分，係犯修正後兒童及少年性  
12 剝削防制條例第36條第2項之引誘使兒童製造性影像罪；就  
13 事實欄一(二)前段、後段部分，各係犯刑法第227條第1項之對  
14 於未滿14歲之女子為性交罪、修正前兒童及少年性剝削防制  
15 條例第36條第1項之拍攝兒童性影像罪。

16 (三)事實欄一(二)前段部分，被告基於對於未滿14歲之女子為性交  
17 犯意，過程褪去告訴人A女之衣物，以舌頭舔告訴人A女胸部  
18 及下體等猥褻行為，係本於同一性交目的所為，其猥褻之低  
19 度行為應為性交之高度行為所吸收，不另論罪。

20 (四)事實欄一(一)、(二)後段部分，被告如附表各編號所示數次引誘  
21 使兒童製造性影像之行為、拍攝兒童性影像數張，各係主觀  
22 上基於單一之犯意，以數個舉動接續進行，而侵害同一法  
23 益，在時間、空間上有密切關係，依一般社會健全觀念，難  
24 以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，  
25 合為包括之一行為予以評價，較為合理，是皆應構成接續犯  
26 之實質上一罪。被告此部分之行為既無從認係分別起意而  
27 為，告訴代理人主張此部分應論以數罪併罰，顯有誤會，併  
28 此敘明。

29 (五)被告所犯引誘兒童製造性影像罪、對於未滿14歲之女子為性  
30 交罪、拍攝兒童性影像罪各罪，犯意個別，行為互殊，應予  
31 分論併罰。

01 (六)前揭各罪分別係行為對象為兒童或未滿14歲之女子或所設之  
02 特別處罰規定，故均毋庸依兒童及少年福利與權利保障法第  
03 112條第1項前段之規定再予加重。

04 三、上訴駁回部分（即犯罪事實欄一、(二)與未滿14歲之女子為性  
05 交部分）

06 原審認被告此部分與未滿14歲之A女為性交之犯行明確，適  
07 用刑法第227條第1項規定，並審酌被告未能克制情慾，對於  
08 A女為性交，危害告訴人A女身心之健全發展，對社會亦有負  
09 面之影響，實為不該，兼衡被告犯告之犯罪動機、目的、手  
10 段、二專畢業、從事科技業，須扶養父母及2名子女、家庭  
11 經濟「勉持」之生活狀況等一切情狀，量處有期徒刑3年2  
12 月，其認事用法並無不當，量刑亦屬妥適。被告上訴意旨認  
13 此部分應屬性交未遂且量刑過重云云，然被告與A女為性行  
14 為時已將其性器侵入A女之性器內即陰道口而與之相接合，  
15 所為已符合刑法第10條第5項所稱之「性交」，應成立性交  
16 既遂等情，已經本院認定如前，被告此部分辯解，即無可  
17 採。再按刑之量定，本為法院得依職權自由裁量之事項，苟  
18 已審酌刑法第57條規定之事項，且於法定刑度之內予以量  
19 定，客觀上並無明顯濫權之情形者，即不容當事人憑其主觀  
20 意見，指摘其違法或失當。原審判決已依刑法第57條規定之  
21 事項，量處前開刑度，並無量刑失衡或濫用裁量權之情事。  
22 至檢察官依告訴人請求上訴而謂被告違反告訴人意願而應構  
23 成刑法第222條第1項第2款之對未滿14歲女子犯強制性交罪  
24 嫌，然此部分無從認定告訴人A女於案發時有何「不具自主  
25 之意思能力」之情形，亦無從認被告有何營造使未滿14歲之  
26 人處於無助而難以、不易或不敢反抗狀態之情形，而有施以  
27 違反告訴人A女意願或引誘等方法，皆經本院詳述如前，是  
28 被告及檢察官此部分主張，難認有據。從而，被告及檢察官  
29 此部分上訴為無理由，應予駁回。

30 四、撤銷改判部分

31 (一)關於犯罪事實欄一、(一)引誘使兒童製造性影像部分

01 原審審理後，以被告就此部分犯行事證明確，予以論罪科  
02 刑，固非無見。惟查，經本院調查證據之結果，認被告此部  
03 分所為應成立修正後兒童及少年性剝削防制條例第36條第2  
04 項引誘使兒童製造性影像罪，理由已詳如上述，原審疏未詳  
05 查以被告此部分所為係犯同條例第36條第1項之製造兒童性  
06 影像罪，自有未洽，檢察官據此上訴指摘，為有理由。被告  
07 上訴認此部分量刑過重云云雖無理由，惟原判決此部分既有  
08 上開可議之處，即無可維持，應由本院將原判決此部分罪刑  
09 撤銷改判。

#### 10 (二)關於犯罪事實欄一、(二)後段拍攝兒童性影像部分

11 原審審理後，以被告就此部分犯行事證明確，予以論罪科  
12 刑，固非無見。惟查，被告此部分所犯修正前兒童及少年性  
13 剝削防制條例第36條第1項之拍攝兒童性影像罪之法定刑為  
14 「處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以  
15 下罰金」，原審判決就此部分竟判處「有期徒刑4月」，亦  
16 未說明有何減輕事由，顯已逾越法定刑之範圍，自有適用法  
17 則不當之違法。檢察官依告訴人請求上訴謂此部分，應論以  
18 兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之違反本人意願之  
19 方法使兒童被拍攝性影像罪嫌，並無可採，已經本院詳述如  
20 前；而被告就此部分亦上訴主張量刑過重，亦無理由，惟原  
21 判決此部分量刑既有上開可議，即無可維持，應由本院將原  
22 判決關此部分量刑撤銷改判。

#### 23 五、科刑之審酌

24 爰審酌被告透過網路軟交友軟體「SayHi」匿名形式，與A女  
25 相識後，知悉A女為11歲而未滿12歲之兒童，身心發展既未  
26 健全，對於男女情事尚屬懵懂之際，因未能克制情慾，引誘  
27 兒童自拍製造性影像，且對於A女為性交並拍攝兒童性影  
28 像，前後性影像數量不少，危害告訴人A女身心之健全發  
29 展，對社會亦有負面之影響，實為不該，斟酌其犯罪之動  
30 機、目的、手段，於本院審理時大致坦認犯行，並考量尚未  
31 與告訴人達成和解，其教育程度「二專畢業」，無前科，職

01 業「科技業」，須扶養父母及女兒2名，家庭經濟狀況「勉  
02 持」等情，據其於警詢時、偵訊、原審及本院審理時自承在  
03 卷（偵卷第14頁、第87頁，原審卷第169頁，本院卷第171  
04 頁），並有本院被告前案紀錄表1份在卷可參（本院卷第71  
05 頁），依此顯現其智識程度、品行、生活狀況等一切情狀，  
06 分別量處如主文第2項所示之刑。上開撤銷改判部分所處之  
07 刑與上訴駁回部分所處之刑，再以行為罪責為基礎，衡酌被  
08 告所犯各罪之類及案件特性、責任非難重複之程度，各罪整  
09 體非難評價暨其回歸社會更生等綜合因素，定其應執行刑為  
10 有期徒刑4年10月。

#### 11 六、沒收

12 扣案前述蘋果牌iPhone 12 Pro Max手機1支，係供本案犯罪  
13 所用之物，且為製造、拍攝兒童性影像之附著物及工具，業  
14 據被告於警詢時與偵查中自承在卷（偵卷第18頁背面、第85  
15 頁），復有前揭性影像照片、對話紀錄截圖在卷可稽，連同  
16 其內告訴人A女性影像檔案之電子訊號，依修正後兒童及少  
17 年性剝削防制條例第36條第6項、第7項前段之規定，不問屬  
18 於被告與否，宣告沒收之。至其餘扣案物核與本案應無關連  
19 性（偵卷第112頁），則不沒收之。

20 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364  
21 條、第299條第1項前段，判決如主文。

22 本案經檢察鍾子萱提起公訴，檢察官洪敏超到庭執行職務。

23 中 華 民 國 113 年 10 月 9 日

24 刑事第十三庭 審判長法官 連育群

25 法官 陳思帆

26 法官 劉為丕

27 以上正本證明與原本無異。

28 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  
29 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  
30 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

31 書記官 林鈺翔

01 中 華 民 國 113 年 10 月 9 日

02 附錄：本案論罪科刑法條全文

03 修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項

04 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  
05 慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處一年以上七年以下有期徒  
06 刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。

07 修正後兒童及少年性剝削防制條例第36條

08 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  
09 足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處一年以上七年  
10 以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰金。

11 招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍  
12 攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、與性相關而客觀上足以  
13 引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處三年以上十年以下  
14 有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。

15 以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方  
16 法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、  
17 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  
18 者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

19 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  
20 之一。

21 前四項之未遂犯罰之。

22 第一項至第四項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪行為人與  
23 否，沒收之。

24 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  
25 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  
26 問屬於犯罪行為人與否，沒收之。但屬於被害人者，不在此限。

27 中華民國刑法第227條

28 （與幼年男女性交或猥褻罪）

29 對於未滿十四歲之男女為性交者，處3年以上10年以下有期徒

- 01 刑。
- 02 對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處6月以上5年以下有期
- 03 徒刑。
- 04 對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處7年以下有期徒
- 05 刑。
- 06 對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處3年以下
- 07 有期徒刑。
- 08 第1項、第3項之未遂犯罰之。

09 附表：

10

編號	行為時間	透過通訊軟體LINE傳送訊息內容	A女回傳用通訊軟體	性影像
1	112年10月15日下午1時31分許、同日晚間6時42分許	「超想看妹妹迷人的香乳跟小嫩穴」、「好期待妹妹的小嫩穴」（不公開卷第11頁正反面）	LINE	裸露胸部及下體照片之性影像3張（起訴書犯罪事實欄一（一）誤載「2張」爰予更正）
2	112年10月16日晚間9時8分許	「妹妹把小嫩穴掰開來」、「讓哥哥看看」、「讓哥哥看看妹妹迷人的小嫩穴吧」（不公開卷第12頁）	同上	裸露下體照片之性影像1張
3	112年10月17日晚間8時14分許	「當然是想欣賞妹妹迷人的身體啊」、「妹妹待會要拍全身	Messenger	裸體洗澡影片之性影像1段

		的樣子讓哥哥看」、「小嫩穴也掰開來讓哥哥看清楚些」、「屁股也要拍到歐」(不公開卷第12頁)		
4	112年10月19日晚間6時48分許	「好想再看看妹妹迷人的身體跟小嫩穴阿...」、「妹妹可以拍給哥哥欣賞嗎」(不公開卷第14頁反面)	LINE	裸體洗澡影片之性影像1段及裸露下體照片之性影像1張
5	112年10月21日晚間7時46分許	「妹妹何時要拍小嫩穴特寫讓哥哥欣賞啊」、「用兩隻手把小嫩穴掰開來」、「哥哥想看妹妹的全身照」(不公開卷第17頁正反面、第18頁)	同上	裸體及裸露下體照片之性影像5張
6	112年10月26日晚間8時56分許	「妹妹快去洗澡吧」、「可以讓哥哥欣賞妹妹迷人的翹臀嗎」(不公開卷第22頁)	同上	裸體洗澡影片之性影像1段