

# 臺灣高等法院刑事判決

115年度上更一字第60號

上訴人

即被告 李想

選任辯護人 謝靜恒律師

上列上訴人即被告因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣士林地方法院113年度訴字第616號，中華民國113年11月26日第一審判決（起訴案號：臺灣士林地方檢察署112年度偵字第22776號），提起上訴，本院判決後，經最高法院撤銷發回，本院判決如下：

## 主 文

原判決關於李想以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像部分撤銷。

上開撤銷部分，李想犯拍攝少年性影像罪，處有期徒刑陸月。扣案之IPHONE 12 PRO MAX手機壹支及其內被害人性影像之電子訊號均沒收。

## 事 實

一、李想與代號AW000-A112164號未成年女子（民國00年0月生，真實姓名年籍詳卷，下稱A女）係網友關係，明知A女為12歲以上未滿18歲之少年，而於111年12月1日某時，在李想位於臺北市南港區福德街某處（詳細地址略）內，基於拍攝少年性影像之犯意，趁A女毫無所悉，持扣案之IPHONE 12 PRO MAX手機拍攝其與A女合意性交之畫面，再於上開性交行為後2個禮拜內某日，在不詳地點，將上開竊錄之性影像，藉社群軟體Instagram傳送予王昕璿。嗣經員警於112年7月17日持搜索票，前往王昕璿位於臺北市文山區興隆路居所執行搜索時，扣得A女上開性影像檔案，再循線於112年8月21日持搜索票，前往李想上開居所執行搜索，並扣得李想所有內有拍

01 攝上開性影像檔案之IPHONE 12 PRO MAX手機1支。

02 二、案經A女訴由花蓮市政府警察局花蓮分局報告臺灣士林地方  
03 檢察署檢察官偵查起訴。

04 理 由

05 壹、程序事項：

06 一、審理範圍：

07 原審認定上訴人即被告李想（下稱被告）所為，係犯刑法第  
08 227條第3項之對於14歲以上未滿16歲之女子為性交罪（共2  
09 罪），及係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之以  
10 違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪（1罪）。被告  
11 不服原審判決提起上訴（就刑法第227條第3項之罪部分係量  
12 刑上訴；就兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪部  
13 分係全部上訴）。本院前審判決後，被告上訴最高法院，最  
14 高法院就被告關於犯刑法第227條第3項之罪之量刑上訴部  
15 分，駁回被告上訴；就被告犯兒童及少年性剝削防制條例第  
16 36條第3項之罪部分，則撤銷本院前審判決發回本院更審，  
17 故本院審理範圍自應僅限於被告被訴涉犯兒童及少年性剝削  
18 防制條例第36條第3項之罪部分，合先敘明。

19 二、證據能力：

20 按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159  
21 條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作  
22 為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認  
23 為適當者，亦得為證據。又當事人、代理人或辯護人於法院  
24 調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於  
25 言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法第15  
26 9條之5亦有明定。查本件檢察官、被告及辯護人就下列所引  
27 被告以外之人於審判外陳述之證據能力迄至言詞辯論終結，  
28 均未聲明異議（本院上更一卷第117至120頁），本院審酌該  
29 些供述證據作成時，核無違法取證或其他瑕疵，認為以之作  
30 為本案之證據屬適當，自有證據能力。其餘資以認定被告犯  
31 罪事實之非供述證據，均查無違反法定程序取得之情形，依

01 刑事訴訟法第158條之4反面規定，亦具證據能力。

02 貳、實體方面：

03 一、認定犯罪事實之證據及理由：

04 上開犯罪事實，業據被告於警詢、偵查、原審及本院均坦承  
05 不諱（偵卷第9至14頁，他卷第117至125頁，原審院卷第146  
06 頁，本院上更一卷第122頁），核與證人即告訴人A女於警詢  
07 及偵查所證大致相符（偵卷第35至43頁、第49至55頁、第57  
08 至59頁、第139至141頁），並有花蓮縣警察局花蓮分局偵辦  
09 王昕璿「Telegram」通訊軟體儲存訊息列印資料、臺灣士林  
10 地方檢察署檢察官113年3月5日勘驗筆錄、花蓮縣警察局花  
11 蓮分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表等在卷可稽（他卷第  
12 13至15頁、偵22776不公開卷第23至25頁、偵卷第111至127  
13 頁），復有扣案之IPHONE 12 PRO MAX手機1支可佐，足認被  
14 告前揭任意性自白與事實相符，應堪予採信，自應依法論  
15 科。

16 二、論罪：

17 (一)新舊法比較：

- 18 1.按刑法第2條第1項規定行為後法律有變更，係指犯罪構成要件有擴張、減縮，或法定刑度有異動等情形，故行為後法律有無變更，原則上視其成罪要件或科刑條件之實質內容，有無不同而斷。惟若新、舊法之條文內容雖有所修正，然其修正內容與罪刑無關，僅為文字、文義之修正或原有實務見解及法理明文化等無關有利或不利於行為人之情形，則非屬上揭所稱之法律有變更，不生新舊法比較之問題，自應適用裁判時法。
- 26 2.被告行為後，刑法第10條業於112年2月8日修正公布，並於  
27 同月10日生效施行，該次增訂第8項性影像之規定：「稱性  
28 影像者，謂內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：一、第  
29 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  
30 或羞恥之身體隱私部位。三、以身體或器物接觸前款部位，  
31 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。」以明確規範性影像之定義；之後兒童及少年性剝削防制條例亦於112年2月15日修正公布，並於000年0月00日生效施行，該次修正將同條例第2條第1項第3款所稱兒童或少年性剝削之樣態，由原定之

「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」，修正為「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。」於立法理由說明係衡量修正前規定所定兒童或少年為性交或猥褻行為之照片、影片、影帶、光碟、電子訊號，皆已為112年2月8日修正公布之刑法第10條第8項性影像定義所涵蓋，為與刑法性影像定義一致及避免掛一漏萬，並考量刑法第10條第8項所定性影像未包含兒童或少年為性交或猥褻之圖畫而仍有規範必要，暨避免兒童或少年遭受為性交或猥褻行為語音類型之性剝削，故於兒童及少年性剝削防制條例同為修正。

- 3.另被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定業經2次修正，並經總統於112年2月15日、113年8月7日公布，修正前該條項原規定：「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（下同）100萬元以下罰金」，112年2月15日修正後規定：「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100萬元以下罰金」，113年8月7日修正後規定：「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。」經比較新舊法之規定，112年2月15日之修正係參考前述112年2月8日修正公布之刑法第10條增定第8項「性影像」之定義，故於兒童及少年性剝削防制條例亦同為修正，

而不涉及刑罰之輕重、構成要件之變更，或其他有利、不利於行為人之情形，不生新舊法比較之問題，自應依一般法律適用原則，逕行適用裁判時即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；而113年8月7日之修正增列「無故重製」之行為態樣(與本案被告犯行構成要件無涉)，且將最低罰金刑提高，是修正後之規定並未較有利於被告，本案就被告涉犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項犯行，依刑法第2條第1項前段規定，自應適用113年8月7日修正前即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。

(二)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，自不該當同條例第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。本件告訴人A女為00年0月生，於本案行為時為12歲以上未滿18歲之少年乙節，有被害人代號與真實姓名對照表附卷可稽（偵11776不公開卷第5頁）。被告為本案犯行時，係趁A女毫無所悉，持扣案手機拍攝其與A女合意性交之畫面，核屬拍攝少年性影像之行為，且查無其他應非難之不法（加重）要件事證，又被告於行為時亦明確知悉A女為12歲以上未滿18歲之少年，是核被告所為，係犯修正前即112年2月15日修正兒童及少年性剝削條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪。

(三)公訴意旨固謂被告上開所為，係藉以口罩遮住A女眼睛之機會，未經A女同意，持手機拍攝其與A女性交之畫面等情節，

而認被告違反A女之意願，涉犯兒童及少年性剝削條例第36條第3項之違反未成年人之意願使未成人被拍攝性交影片罪嫌。惟查，A女於警詢時已陳明：案發時，礙於被告是我的曖昧對象，所以我會順從他答應跟他發生性行為；我原本就有戴口罩的習慣，在他家的時候也有戴，是他與我發生性行為的時候把口罩拉到我眼睛的，所以我不知道他有用手機錄影等語（偵卷第39頁、第52至53頁），是A女既有戴口罩之習慣，而於雙方合意為性行為時，被告將A女所戴之口罩往上拉而覆蓋A女之眼睛，顯難認有何足以壓抑或妨害A女意思自由之情事，而被告為上開行為過程，亦未據檢察官提出其他強暴、脅迫或其他客觀上足以壓抑或妨害A女意思自由之事證，即無從依據該條第3項之罪論處。公訴意旨認被告上開所為係涉犯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方法使少年被拍攝性影像罪，容有未洽，又本院認定之犯罪事實，與檢察官起訴之犯罪事，二者基本社會事實既屬相同，爰依法變更起訴法條，附此敘明。

(四)按兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項規定：「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。」本案被告對A女所犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年兒童性影像罪，係以被害人為兒童或少年為其處罰之特殊要件，即該規定是被害人為兒童或少年所設之特別處罰規定。是依上開兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書之規定，被告所犯之拍攝少年性影像罪部分，無需再依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之規定加重其刑，併予敘明。

(五)按刑法第59條酌量減輕其刑之規定，如於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，即有其適用。被告因人際與衝動控制困難等精神障礙問題，其家長即偕同被告在105年1月間赴臺北市立聯

01 合醫院仁愛院區就診，並進行心理衡鑑，經推測為ADHD衝動  
02 控制障礙特徵，被告對自己行為在社會情境脈絡下可能的結  
03 果與影響缺乏覺知，有高估自己社交能力和易將人際衝突或  
04 負面評價歸因於外在因素（都是別人起的因）等傾向，並建  
05 議一些後續安排等情；並於107年9月22日、同月29日、109  
06 年12月12日、111年1月20日、112年9月7日、114年1月13日  
07 多次赴鈺璽診所精神科就診，認被告有「注意力不足過動  
08 症、有憂鬱情緒的適應障礙症」，且有因衝動控制不良、憂  
09 鬱及焦慮情緒困擾，致其症狀起伏明顯等情；再於114年2月  
10 27日、4月9日至天主教輔仁大學附設醫院精神科門診，亦認  
11 定被告「注意力缺損過動症、適應障礙混合呈現焦慮與憂  
12 鬱」，並於同年3月26日進行心理衡鑑，建議應門診追蹤治  
13 療等情，業據被告提出臺北市立聯合醫院心理衡鑑照會及報  
14 告單、鈺璽診所診斷證明書、天主教輔仁大學附設醫院診斷  
15 證明書、臺北市聯合醫院發展遲緩兒童評估綜合報告書等件  
16 附卷可佐（本院前審卷123至129頁，本院上更一卷第99至10  
17 7頁），顯見被告持續存有人際與衝動控制困難等問題，因  
18 而在此情形之作用下（按尚難認已達刑法第19條第2項所指  
19 辨識力或控制力顯著減低之情形），加上被告於行為時甫滿1  
20 8歲，為大學生，當時與告訴人A女係網友關係（偵卷第51  
21 頁），係出於無法良好控制其性衝動及好奇心，而與A女合  
22 意為性行為時拍攝性影像，尚屬「兩小無猜」型犯罪，以兒  
23 童及少年性剝削防制條例主要係在規範基於「不對等權力地  
24 位性剝削」之關係而論（最高法院刑事大法庭114年度台上  
25 大字第1405號裁定、同院114年度台上字第1405號判決），  
26 被告違反之程度尚非嚴重，且被告坦承犯罪，並與A女、A女  
27 之法定代理人達成和解並已賠償，此有和解書、原審公務電  
28 話紀錄附卷足憑（原審卷第243至245頁、第253至259頁），  
29 可以推知被告於本件拍攝性影像行為時，其欲利用不對等權  
30 力地位對弱勢被害人為性剝削之特別惡性並不顯著，犯罪情  
31 節及違反「不對等權力地位性剝削」之程度以言，可認尚屬

01 相對輕微，然因兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之  
02 罪之法定最輕本刑為1年以上有期徒刑，其可科處之法定最  
03 重本刑仍嫌過重，經綜合判斷後本件關於被告所犯拍攝少年  
04 性影像罪部分，容有情輕法重之特殊情況，爰就此部分依刑  
05 法第59條規定酌量減輕其刑。

### 06 三、撤銷改判之理由：

07 (一)原審因予論罪科刑，固非無見。惟被告所為係犯修正前兒童  
08 及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝兒童性猥褻行為  
09 之影片罪，已如前述，原審未察，論以兒童及少年性剝削防  
10 制條例第36條第3項之違反意願使兒童被拍攝猥褻行為之影  
11 片罪，其適用法律已有未當。從而，被告上訴主張原判決有  
12 上述適用法律之不當，其上訴為有理由，是應由本院將原判  
13 決撤銷改判。

14 (二)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知A女係14歲以上未  
15 滿16歲之少女，思慮未臻成熟，身心仍處於發展階段，且對  
16 於性自主決定權、身體控制權亦缺乏完全自主判斷之能力，  
17 竟未能克制己身情慾衝動，對A女為性交行為並竊錄偷拍性  
18 影像，甚至將攝得性影像與他人分享，嚴重影響A女身心健  
19 全成長，更顯見被告對女性身體隱私秘密之保護毫不尊重，  
20 所為實應予非難；併考量其犯罪之動機、目的、手段、情  
21 節、所生損害、素行、坦承犯行之態度，已與A女及其法定  
22 代理人達成和解並為賠償；暨其自陳大學在學中之智識程  
23 度、未婚、目前從事英文家教之家庭經濟生活狀況等一切情  
24 狀，量處如主文第2項所示之刑。

### 25 四、沒收：

26 (一)按兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項、第7項分別規  
27 定：「第1項至第4項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪  
28 行為人與否，沒收之。」、「拍攝、製造兒童或少年之性影  
29 像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或  
30 其他物品之工具或設備，不問屬於犯罪行為人與否，沒收  
31 之。但屬於被害人者，不在此限。」查扣案之IPHONE 12 PR

01 O MAX手機1支（含SIM卡1張，IMEI：0000000000000000、000  
02 000000000000號），係被告偷拍A女性影像所使用之工具，  
03 業據被告於原審供述明確（原審卷第63頁），且為性影像之  
04 附著物，連同其內A女性影像檔案之電子訊號，不問屬於被  
05 告與否，依兒童及少年性剝削防制條例第36條第6項、第7項  
06 宣告沒收。

07 (二)至於扣案之IPAD PRO平板1台，尚無證據證明與本件被告犯  
08 行相關，爰不予宣告沒收。

09 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299  
10 條第1項前段、第300條，判決如主文。

11 本案經檢察官卓俊吉提起公訴，檢察官王聖函到庭執行職務。

12 中 華 民 國 115 年 7 月 1 日  
13 刑事第十三庭 審判長法官 連育群  
14 法官 林龍輝  
15 法官 劉為丕

16 以上正本證明與原本無異。

17 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  
18 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  
19 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

20 書記官 吳琛琛

21 中 華 民 國 115 年 7 月 2 日

22 附錄：本案論罪科刑法條全文

23 修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條

24 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  
25 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  
26 徒刑，得併科新臺幣 1 百萬元以下罰金。

27 招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝  
28 、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  
29 恥之圖畫、語音或其他物品，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑  
30 ，得併科新臺幣 3 百萬元以下罰金。

31 以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法

01     ，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造性影像、與性相關而客  
02     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  
03     以上有期徒刑，得併科新臺幣 5 百萬元以下罰金。  
04     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  
05     之一。  
06     前四項之未遂犯罰之。  
07     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  
08     與否，沒收之。  
09     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  
10     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  
11     行為人與否，沒收之。但屬於被害人者，不在此限。