臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第3026號

上　訴　人　臺灣桃園地方檢察署檢察官

被　　告　楊騏任

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　尹　良律師

　　陳建豪律師

上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣桃園地方法院114年度訴字第635號，中華民國115年3月18日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第21901號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、楊騏任（所涉強制性交罪嫌部分，另經檢察官為不起訴處分）與AE000-A113063（民國00年00月生，真實姓名、年籍均詳卷，下稱A女）為網友，楊騏任明知A女於案發時為未滿18歲之人，竟仍基於製造少年性影像之犯意，於112年12月至113年1月間某日，以通訊軟體Messenger傳送「你小穴有剃毛嗎 長怎樣想看看」、「現在想看」、「也可以現在拍或是視訊」、「現在就超硬」、「至少看照片或視訊先」、「看臉看奶或是穴穴」等語之訊息予A女，而要求A女自行拍攝裸露下體、胸部等身體隱私部位之性影像，然因A女未應允而未遂。

二、案經A女訴由桃園市政府警察局中壢分局移送臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、程序部分

本判決下述所引用被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、

被告及辯護人於本院審判程序調查證據時，對於該等證據之證據能力均無爭執（見本院卷第95頁至第98頁），且迄於言詞辯論終結前亦未聲明異議，本院審酌上開言詞陳述或書面陳述作成時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，而認為以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5第2項、第1項規定，均有證據能力。至於其餘經本院引用之非供述證據，與本案待證事實間均具有關連性，且無證據證明係公務員違背法定程序所取得，故依刑事訴訟法第158條之4之反面解釋，亦有證據能力。

二、實體部分

㈠認定犯罪事實之憑據及理由

1.上揭犯罪事實，業據被告於偵查中、原審及本院審理時均坦承不諱（見偵卷第140頁、原審卷第228頁、本院卷第98頁），核與證人即告訴人A女於警詢時之證述（見偵卷第26頁）相符，且有告訴人所提供之被告IG頁面及限時動態等畫面截圖、告訴人與被告間之IG對話紀錄截圖（見偵卷第33至47、49至51頁）、被告提供與告訴人間之IG對話紀錄截圖（見偵不公開卷第33至72頁）等證據在卷可證，足認被告出於任意性之自白與事實相符，堪以採信。

2.檢察官於起訴書中固認被告所為，係涉犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第2項之引誘少年自行拍攝性影像未遂罪嫌；並以：被告傳送「你小穴有剃毛嗎長怎樣想看看」、「現在想看你又不讓我去找你」、「想被你吹到射反正很近找你一下而已」、「也可以現在拍」、「想啊現在就超硬你又不行至少看照片或視訊先」、「至少幫我滅火」、「對啊超硬至少要幫我滅火不然睡不著」、「幹真的超硬先幫我滅火」、「至少要視訊滅火哈哈超硬」、「對啊先讓我射要看到你才能射」、「都可以呀你什麼時候要」、「視訊讓我滅火就行」、「都可以看臉看奶或是穴穴」等語之訊息給告訴人，可見被告與告訴人雖認識不久，僅止於網路上網友間之聊天，被告卻多次傳送上開字句，衡諸常情，其係欲

使原無意自行拍攝性影像之告訴人產生拍攝之意思，顯已屬促成告訴人合意之積極手段等語，認被告上開行為構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之以他法使少年自行拍攝性影像未遂罪嫌。然：

⑴按為防杜拍攝、製造兒童、少年為性交或猥褻行為之畫面，而侵害其身心健全發展之基本人權，兒童及少年性剝削防制條例第36條乃基於行為人對被害人施加手段之強弱，以及被害人自主意願之法益侵害高低程度之不同，區分「直接拍製型」、「促成合意拍製型」、「促成非合意拍製型」、「營利拍製型」、「未遂型」等5種不同類型，而予以罪責相稱之分層化規範，俾周全規範密度，達到保障兒童及少年權益之立法目的，並符合罪刑相當原則、比例原則之憲法誡命。然無論是兒童、少年之合意或非合意拍攝、製造行為，均予處罰，僅有法定刑輕重不同之差異，此係以立法明文方式揭櫫不容許兒童、少年放棄或處分其身心健全發展之基本人權，俾免因任何非法之性活動而遭致性剝削之旨。上開條例第36條第2項之「促成合意拍製型」所稱之「他法」，係指行為人所採取之積極手段，與招募、引誘、容留、媒介或協助等行為相類似或介入、加工程度相當，而足以促成兒童或少年合意被拍攝、製造性交或猥褻行為之畫面者而言。此與同條第1項之「直接拍製型」係行為人單純得同意而拍攝、製造，未為其他積極介入、加工手段之情形，並不相同。倘行為人僅單純告知兒童或少年並獲其同意（下稱「告知後同意」）而拍攝、製造兒童或少年性交或猥褻行為之畫面，並未進一步額外施加上開介入、加工手段，應屬同條第1項「直接拍製型」之規範範疇，難謂係合致於「促成合意拍製型」之規範目的。至於單純「告知後同意」之告知方式，無論係單純以詢問、請求、要求等方式為之，均無不可。惟倘行為人係另行施加前揭積極之介入、加工手段，而詢問、請求或要求被害人同意，則已逸脫同條第1項「直接拍製型」之規範目的，自該當於同條第2項之「促成合意拍製型」要

件（最高法院111年度台上字第994號判決意旨參照）。又所謂「製造」，並未限定其方式，自不以他製為必要。使少年自行拍攝性影像，亦屬製造性影像之行為，應在該條項所稱「製造」之範疇內。

⑵觀諸前述被告與告訴人間之IG對話紀錄，內容顯示其2人有以下對話(節錄)：「(被告傳)：這樣你上次愛愛幾天前(告訴人回)：...這星期三...」、「(被告傳)：那你約很快啊前任做完就分手了喔(告訴人回)：...差不多吧 可是約砲我前四個都沒插 這算約嗎」、「(被告傳)：可以吹到射?。(告訴人回)：會痛啊」、「(被告傳)：我教你阿 不會讓你痛 只會舒服(告訴人回)：我是被我前任教過才比較厲害」、「(被告傳)：那要我幫吹嗎 感覺你也很會。(告訴人回)：你幾公分」、「(被告傳)：你小穴有剃毛嗎 長怎樣想看看。(告訴人回)：有 之後再看」、「(被告傳)：看是不是真的比較緊。(告訴人回)：有吧」、「(被告傳)：現在想看 你又不讓我去找你。(告訴人回)：你住哪 很晚了」、「(被告傳)：想被你吹到射 反正很近找你一下而已(告訴人回)：不要哈哈 我真的想睡」、「(被告傳)：對啊超硬 至少幫我滅火不然睡不著(告訴人回)：看了我才硬的喔」、「(被告傳)：幹真的超硬先幫我滅火(告訴人回)：我只能頂多跟你打電話講色色的話」、「(被告傳)：至少要視訊滅火哈哈超硬(告訴人回)：你還在硬喔 自己尻啦 北七喔」、「(被告傳)：視訊讓我滅火就行 都可以 看臉看奶或是穴穴(告訴人回)：蛤可以只看臉嗎 我沒這樣過 不然你找別人」、「(被告傳)：哈哈可以先看臉再說(告訴人回)：那就看臉喔」等情（見偵不公開卷第34至44頁），足見告訴人對於性議題及性方面知識已有相當程度之理解與認識，對於被告所述與性相關之言詞亦多有回應，僅在被告表示想要看其下體和胸部時，以「之後再看」、「自己尻啦 北七喔」、「可以只看臉嗎 我沒這樣過 不然你找別人」等語回覆或未正面回覆，尚難認定被告上開所傳送予告訴人之訊息內容，

已達足以引誘告訴人傳送其性私密影像給被告之程度，亦難認被告所為，已對告訴人就其是否要提供其下體及胸部影像予被告乙事之主觀意願，形成壓力或有積極介入、加工之情。堪認被告應僅係以前述訊息，單純詢問、請求或要求告訴人傳送性影像，且其主觀上尚非意在引誘或以他法使告訴人自行拍攝性影像，而僅具製造少年性影像之犯意；公訴意旨就此部分，容有誤會。

3.綜上所述，本案事證明確，被告上開犯行堪以認定，應依法論科。

㈡論罪科刑

1.核被告所為，係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第1項之製造少年性影像未遂罪。至公訴意旨雖認被告係犯同條例第36條第5項、第2項之引誘少年自行拍攝性影像未遂罪嫌，然被告所為係成立前述之製造少年性影像未遂罪，而未該當引誘少年自行拍攝性影像未遂罪，業經本院認定如上，公訴意旨此部分所認容有誤會，又原審及本院審理中已當庭諭知被告亦涉犯前揭製造少年性影像未遂罪嫌，並讓檢辯雙方當庭就此進行辯論，且其基本社會事實與檢察官起訴之罪名尚屬同一，爰依法變更起訴法條。被告連續傳送如犯罪事實欄一所示訊息予告訴人，係基於製造少年性影像之單一犯罪決意，於密接之時、地所為，數行為間之獨立性薄弱，難以強行分開，且侵害之法益同一，依一般社會通念及刑法評價，應視為數舉動接續實行而為包括之一行為予以評價，為接續犯。

2.被告基於製造少年性影像之犯意，傳送上述訊息予告訴人，惟因告訴人未同意而不遂，屬未遂犯，本院審酌其2人間如上所述之對話內容，以及告訴人終未傳送其性影像予被告而未發生犯罪結果等情，認被告本案犯罪情節較既遂犯為輕，爰依刑法第25條第2項規定減輕其刑。

3.至辯護人雖為被告辯護表示：請求依刑法第59條酌減其刑，惟審酌本院已依前揭未遂犯規定減輕被告之刑，以及其本案

犯罪之手段、情節，本院認本案尚無「犯罪情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重」之情形，爰不再依刑法第59條規定酌減其刑。

三、上訴駁回之理由

原審同此見解，並以行為人之責任為基礎，審酌被告明知告訴人案發時為未滿18歲之少年，其判斷力、自我保護能力及性自主決定能力均尚未完全成熟，竟為滿足一己私慾，以上揭方式對告訴人為本案犯行，幸因告訴人未答應傳送自身性影像而未遂，然仍對告訴人之身心健康及人格發展產生危險，所為實屬不該；兼衡被告均坦承犯行之犯後態度，且其雖有與告訴人和解或調解之意願，然因告訴人未到庭或已無調解意願而無法達成調解之情（見原審卷第55、109、113、205、207頁），卷附法院前案紀錄表所示其無前科品行（見原審卷第15頁），以及被告於原審自述之智識程度、家庭及經濟狀況（見原審卷第231至232頁）等一切情狀，量處被告有期徒刑6月。並說明審酌被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告乙節，有法院前案紀錄表在卷可證（見原審卷第15頁），且已坦然面對本案所犯下之全部錯誤，確有悔意，堪信其係因一時失慮，致罹刑典，經此偵審程序及罪刑之宣告，當已知所警惕，而無再犯之虞，認前述對被告所宣告之刑均以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款規定宣告緩刑2年，然為使被告確切知悉其所為為法所不許，進而記取本次教訓，爰依刑法第74條第2項第4款、第5款規定，命其應於如主文所示之期間內，向公庫支付如主文所示之金額，以及向檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體提供80小時之義務勞務，復依刑法第93條第1項第2款、兒童及少年福利與權益保障法第112條之1第1項規定，諭知被告於緩刑期間付保護管束，以收惕勵自新之效，認事用法均無違誤，量刑亦屬妥適，應予維持。檢察官上訴意旨略以：觀諸被告與被害人之對話內容，該次性相關話題明顯均由被告主導，被害人僅

係被動回應，被告一再要求被害人提供性影像時，被害人多次拒絕，被告於對話內容內展現以言語引導方式，促使被害人拍攝之積極手段，足認其行為構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第2項之引誘或以他法使少年製造性影像未遂，原審認事用法顯有違誤，為此提起上訴等語。惟查：綜觀被告與告訴人之對話內容，告訴人對於性議題及性方面知識已有相當程度之理解與認識，對於被告所述與性相關之言詞亦多有回應，且雙方對談過程亦交錯告訴人與被告嘻笑言語，是尚難認定被告上開所傳送予告訴人之訊息內容，已達足以引誘告訴人傳送其性私密影像給被告之程度，亦難認被告所為，已對告訴人就其是否要提供其下體及胸部影像予被告乙事之主觀意願，形成壓力或有積極介入、加工之情。堪認被告應僅係以前述訊息，單純詢問、請求或要求告訴人傳送性影像，且其主觀上尚非意在引誘或以他法使告訴人自行拍攝性影像，而僅具製造少年性影像之犯意，是檢察官上訴意旨認被告所為，應以足認其行為構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第2項之引誘或以他法使少年製造性影像未遂論處，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官邱偉傑提起公訴，檢察官鄭芸提起上訴，檢察官劉成焜到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　27　　日

刑事第九庭　審判長法　官　潘翠雪

法　官　邰婉玲

法　官　柯姿佐

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　呂丞豐

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　27　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第1項

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，得併科新臺幣10萬元以上1百萬元以下罰金。

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，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

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，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

意圖營利犯前三項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。

前四項之未遂犯罰之。

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與否，沒收之。

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、語音或其他物品之工具或設備，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。但屬於被害人者，不在此限。