

最高法院刑事判決

109年度台上字第549號

上訴人 楊凱筑

選任辯護人 邵勇維律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108年3月21日第二審判決（108年度上訴字第13號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署106年度偵字第7311號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理 由

一、本件原判決認定：上訴人甲○○於民國106年1月15日之晚間7時許前某時，在其住處內，以電腦上網登入LINE通訊軟體，以「千姿」為暱稱之帳號（使用女性大頭貼照片佯為女性），與12歲以上未滿18歲之少年甲女（卷內代號：0000000，真實姓名年籍等詳卷）聯繫，藉詞欲以新臺幣（下同）3千至5千元薪資徵求短褲模特兒，要求甲女傳送照片供其確認身材，甲女因而自行拍攝將內、外褲向下褪至骨盆下方近恥骨處（尚未裸露陰毛）之自拍照片數張，透過LINE通訊軟體傳送予上訴人。嗣上訴人進一步要求甲女再拍攝將褲子褪至大腿處之照片，為甲女所拒。詎上訴人明知甲女為未滿18歲之少年，竟仍基於脅迫使未滿18歲之人製造猥褻行為之電子訊號之犯意，向甲女恫稱：若不依指示拍攝將內、外褲均褪至大腿處之照片，其先前傳送之裸露身體照片將遭外流等語，脅迫甲女，甲女不得已遂自行拍攝製造將內、外褲褪至大腿處而裸露下體陰毛之照片3張之猥褻行為電子訊號，以LINE通訊軟體傳送予上訴人等情明確。因而維持第一審論以脅迫使少年製造猥褻行為之電子訊號罪刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。固非無見。

二、經 查：

（一）按兒童及少年性交易防制條例已於104年2月4日修正公布，更名為兒童及少年性剝削防制條例，原兒童及少年性交易

01 防制條例第27條第4項：「以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催
02 眠術或其他違反本人意願之方法，使未滿18歲之人被拍攝、
03 製造性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊
04 號或其他物品者，處5年以上有期徒刑，得併科新臺幣3百
05 萬元以下罰金。」之規定，移列為兒童及少年性剝削防制條
06 例第36條第3項，並修正為「以強暴、脅迫、藥劑、詐術、
07 催眠術或其他違反本人意願之方法，使兒童或少年被拍攝、
08 製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電
09 子訊號或其他物品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣
10 3百萬元以下罰金。」並自106年1月1日施行，其於106年11
11 月29日再經修正公布為「以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠
12 術或其他違反本人意願之方法，使兒童或少年被拍攝、製造
13 性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊
14 號或其他物品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣5百萬
15 元以下罰金。」自107年7月1日施行。原判決認定上訴人本
16 件行為，係發生於000年0月00日，當時兒童及少年性剝削防
17 制條例既已公布施行，應無比較新舊法而適用兒童及少年性
18 交易防制條例之餘地。詎原判決先論述「被告行為後，兒童
19 及少年性剝削防制條例第36條第3項業於106年11月29日經公
20 布修正，而於107年7月1日施行。經比較新舊法律，修正後
21 兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項並無較有利於被告
22 之情形，依刑法第2條第1項前段規定，就被告本案犯行，自
23 應適用其行為時，即修正前兒童及少年性剝削防制條例第36
24 條第3項之規定論處。」後又引述修正前兒童及少年性交易
25 防制條例第36條第3項說明其構成要件（兒童及少年性交易
26 防制條例第36條乃規定違反第9條第1項之規定者，處新臺幣
27 6千元以上3萬元以下罰鍰。但醫護人員為避免兒童、少年
28 生命身體緊急危難而違反者，不罰。），認定上訴人所為已
29 該當於其所定之脅迫行為云云（見原判決第6頁至第7頁）。
30 復維持第一審適用修正前兒童及少年性交易防制條例第36條
31 第3項，刑法第2條第1項前段等規定所為之論科（見原判決

第8頁)。顯有理由矛盾及適用法則不當之違誤。

(二)兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪，係以「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、製造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」為其構成要件。又刑事法上所謂之猥褻，係指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之顯現聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性之道德感情，有礙於社會風化者為限（司法院釋字第617號解釋意旨參照）；且有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同（司法院釋字第407號解釋意旨參照）。法院就猥褻行為之電子訊號圖片為審查時，自應就具體個案中之電子訊號圖片內容與藝術性、醫學性、教育性圖片等物之區別，依該電子訊號圖片整體之特性及其目的而為觀察，並按當時之社會一般觀念定之。原判決固以甲女傳送予上訴人裸露下體陰毛之電子訊號雖經刪除而未扣案，惟依上訴人及甲女所述，此部份照片之內容係甲女以站姿面對鏡子自拍，並將內、外褲均褪至大腿處而裸露下體正面及陰毛，另有攝得甲女臉部等情。…下體為性器官之所在，且為高度隱私部位，陰毛則為性徵之展現，是裸露此些部位之畫面於客觀上當已足以使人興奮而刺激性欲，且與性器官、性行為及性文化之描繪與論述具有高度聯結。況少女自行褪去衣物裸露下體陰毛之自拍照片，實已足以引起普通一般人羞恥及厭惡感而侵害性道德感情，不以刻意擺弄不雅姿勢或直接暴露性器官為必要。甲女此部份裸露下體及陰毛之照片均係以站姿將內、外褲褪至大腿處而刻意露出私密部位，並無呈現身體線條或畫面構圖之情，亦有與之相類之甲女裸露骨盆下方近恥骨處之自拍照片³，幀可以參考，實與市售強調光線、構圖及人體美感等藝術性質之寫真照片顯有不同，且不具有教育或醫學上之價值，至為明顯。是本件甲女自行拍攝之裸露下體陰毛之照片，當屬刑事法上之「猥褻」物品無訛，而予以論罪云云（見原判決

第5頁至第6頁)。卷查：甲女傳送予上訴人裸露下體陰毛之電子訊號業遭刪除。原判決雖謂已就甲女裸露下體陰毛照片之整體特性而為觀察，然本件並未查扣任何甲女傳送予上訴人露出陰毛之照片，原判決引述上訴人於警詢中供認曾要甲女自拍將褲子拉至大腿處之照片等語，及甲女於警詢中所稱上訴人威脅伊繼續照相之前，伊所傳給之照片最多露到陰毛以上，沒有露出胸部，就是腹部中間這一塊，上訴人嗣謂一定要完成，繼續威脅伊若不照做，其將公開伊名字及照片，結果伊就照做把褲子拉到大腿一半，再傳照片給上訴人，這些照片只有露到陰毛，上訴人沒有要伊針對下體照相等語。均僅足認定甲女曾將下半身所著衣褲褪至大腿處，露出含陰毛之部分身體部位後，自拍相片傳送予上訴人，何以能據以評斷相片全貌，呈現如原判決所稱「刻意露出私密部位」之效果，從而足認屬刺激或滿足性慾，引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性道德感情之物品，容非無疑。又原判決敘述甲女自拍之裸露下體陰毛照片，均係以站姿將內、外褲褪至大腿處而刻意露出私密部位，並無刻意呈現身體線條或畫面構圖之情，亦有與之相類之甲女裸露骨盆下方近恥骨處之自拍照片3幀可以參考云云，惟未說明依據如何之證據資料及理由，認該尚存之3幀照片與已經刪除之裸露下體陰毛照片相類。原判決逕援為認定甲女自拍照片屬猥褻物品之參考，亦非無失據之違誤。甲女自拍之裸露下體陰毛電子訊號圖片內容，除出現甲女臉部及陰毛外，成像大小、比例、清晰程度、有無攝入面部五官、表情、其他衣著情形與肢體動作、及光影、背景如何，畫面是否凌亂無重點，或意在凸顯特定之身體部位，抑或欲呈現其他情境、印象等，亦即就該電子訊號圖片整體之特性為何，與藝術性、醫學性、教育性等圖片究有無區別等攸關其內容是否足以刺激或滿足性慾，且引起一般人羞恥或厭惡感而侵害性道德感情，並妨礙社會風化等之判斷事項，且得以進而認定其間有何猥褻行為之成像者，原判決未悉依證據詳加調查審認，並為必要之說明論述，

01 祇以少女自拍裸露下體陰毛而傳送之電子訊號圖片當屬猥褻
02 物品，認定合於兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項關
03 於製造「猥褻行為」電子訊號之構成要件，自嫌速斷及理由
04 欠備。此部分事實未臻明瞭，無從為法律適用當否之判斷，
05 原審未待釐清即遽為判決，亦有應於審判期日調查之證據而
06 未予調查之違背法令。

07 三、以上，或為上訴意旨所指摘，或係本院得依職權調查之事項
08 。原判決上述違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為
09 裁判，應將原判決撤銷，發回原審法院更為審判。至於原判
10 決關於此部分相關之沒收，仍以違法行為之存在為前提，兩
11 者間即存有一定之依存關係，為避免沒收裁判確定後，其所
12 依附之前提即關於違法行為之罪刑部分，於發回後經原審法
13 院變更而動搖該沒收部分之基礎，造成裁判上矛盾，應予一
14 併發回。

15 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

16 中 華 民 國 109 年 2 月 13 日

17 最高法院刑事第五庭

18 審判長法官 許 錦 印

19 法官 王 梅 英

20 法官 莊 松 泉

21 法官 蔡 廣 昇

22 法官 蔡 新 毅

23 本件正本證明與原本無異

24 書 記 官

25 中 華 民 國 109 年 2 月 14 日