



院檢學習心得

學官抵嘉、義脈相傳 —毒品危害防制條例、兒童及 少年性剝削防制條例案件淺析

第 63 期學習司法官嘉義學習組

壹、前言

毒品危害防制條例（下稱毒危條例）案件為刑事訴訟實務上常見之案件類型，為達到防制毒品危害，維護國民身心健康之立法目的，毒危條例所定刑責不可謂不重，相關修法、最高法院判決、大法庭見解等亦隨時代變遷及新興毒品之盛行，時常有所變化。本學習組於學習期間適逢一毒品案件，涉及毒危條例、藥事法、最高法院判決與大法庭見解之適用，故本文擬透過對該案件之淺析，簡介近期實務對於毒品相關案件之法律適用。除毒危條例案件外，兒童及少年性剝削防制條例（下稱兒少性剝削條例）案件亦為實習期間所見之特殊案件類型，因此本文亦就相關實務見解及實習期間所遇案例加以彙整分析。

貳、毒危條例實例淺析

案例事實：

- 甲於 112 年 1 月 10 日晚間某時，搭乘計程車前往乙地，向真實身分不詳之乙拿取純質淨重 10 公斤之第三級毒品 4- 甲基甲基卡西酮（無證據證明甲乙間係買賣關係或有償／無償之轉讓關係，以下討論範圍不包括乙之刑責），隨後搭乘計程車將上開毒品攜回甲個人住處，將其全數分裝為 500 包咖啡包（下稱毒咖啡包），擬伺機出售予不特定之人以牟利。甲隨後於 112 年 1 月 16 日、同月 18 日、同月 20 日，將毒咖啡包各 1 小包（淨重均為 10 公克）放置於買家指定之地點，嗣買家前往取得毒咖啡包之同時，將 1 萬元現金放置於相同地點，

甲於買家離開後，再前往取款，以此方式販賣共計 3 小包之毒咖啡包與真實身分不詳之買家。

- 嗣甲又於 112 年 3 月 10 日，為提高銷量，將尚未出售之毒咖啡包內之 4-甲基甲基卡西酮取出並攪混果汁粉，重行分裝為 450 包果汁包（下稱毒果汁包），然在甲尋找買主前即全數遭查獲。
- 甲於 112 年 3 月 20 日，無償轉讓大麻煙彈 1 顆與成年男子丙，該大麻煙彈經扣案送驗後，鑑驗結果為淨重 5 公克、含有第二級毒品大麻成分。
- 甲於偵查中及一審準備程序、審理程序，對上開犯罪事實均坦承不諱。

一、甲搭乘計程車將 10 公斤之 4-甲基甲基卡西酮攜回住處之行為，成立毒危條例第 4 條第 3 項之運輸第三級毒品罪。

(→)運輸之定義¹：所謂運輸，係指轉運

輸送毒品，且不以國外輸入國內或國內輸出國外為限，在「國內運送」亦屬之。至運輸之動機是否意在圖利，固非所問，然行為人除須客觀上為轉運及輸送毒品之行為外，主觀上尤須本於「運輸之意思」而為毒品之搬運輸送，始足當之。若係為單純持有而零星持送，如無運輸之認識或意圖，即不能論以該罪。

(→)早期雖有實務見解認為，運輸係指單純運輸毒品而無他項目的者，若係意圖營利基於販賣毒品目的之犯意，於國內甲地販入後，所從事於運送至國內乙地出售之行為，應認該搬運輸送毒品之行為，包含於販賣行為之內，仍僅成立販賣毒品之罪²。惟，近期實務見解自毒危條例於 109 年 1 月 15 日修正公布增訂第 17 條第 3 項³之觀點，認為只要本於轉運輸送之意思而為運輸行為，即不得將運輸毒品罪棄置不論^{4,5}。因此，除非行為人係為

¹ 93 年度台上字第 1472 號、94 年度台上字第 2845 號、96 年度台上字第 5608 號、98 年度台上字第 3007 號、102 年度台上字第 961 號、109 年度台上字第 2388 號判決意旨參照。

² 97 年度台上字第 1249 號判決意旨參照。

³ 毒危條例第 17 條第 3 項：「被告因供自己施用而犯第四條之運輸毒品罪，且情節輕微者，得減輕其刑。」

⁴ 111 年度台上字第 2144 號、112 年度台上字第 3164 號判決意旨參照。

⁵ 另參 109 年度台上字第 4075 號判決意旨：「毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項運輸毒品罪之『運輸』，係指基於運輸犯意，將毒品轉運輸送至異地而言。是除行為人之傳送持有行為，性質上已為其他高度犯行包含評價在內者外，不論其運輸毒品之動機與方法如何、目的係為自己或他人，均不能對其本於轉運輸送意思所為獨立運輸行為，置而不論，以免評價不足。」



單純持有而零星持送，無運輸之認識或意圖，否則只要行為人主觀上有運輸之認識及意欲，客觀上並已實施運輸行為，即應論以運輸毒品罪，至多考量是否合乎毒危條例第 17 條第 3 項規定而得減輕其刑。

(三)甲於 112 年 1 月 10 日晚間某時，向乙拿取 10 公斤之 4- 甲基甲基卡西酮，隨後搭乘計程車將 4- 甲基甲基卡西酮攜回住處之行為，客觀上有運輸行為並無疑義；主觀上，因甲係為獲取後續販賣毒品可獲得之利益，可推認其明知且意欲運輸本案毒品，況甲所運輸之 4- 甲基甲基卡西酮重量高達 10 公斤，嗣後始經甲於住處分裝為毒咖啡包，難認係單純零星夾帶而無運輸毒品之故意。

(四)按運輸毒品罪之成立，並非以所運輸之毒品是否運抵目的地作為既、未遂之依據，而係以已否起運離開現場為準⁶，甲主觀有運輸毒品之故意，已如前述，甲取得 4- 甲基甲基卡西酮後，復已搭乘計程車離開現場，即應論以毒危條例第 4 條第 3 項之運輸第三級毒品既遂罪。

二、甲於 112 年 1 月 16 日、同月 18 日、同月 20 日，各以 1 萬元為對價，各販賣 1 小包毒咖啡包與不知名買家之行為，成立 3 個毒危條例第 4 條第 3 項之販賣第三級毒品罪。

(一)所謂接續犯，係指基於單一之犯意，以數個舉動接續進行，而侵害同一法益，在時間及空間上有密切關係，依一般社會健全觀念，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價較為合理，於此情形，始得依接續犯關係論以包括一罪，否則仍應依其犯罪具體情節，分別依想像競合關係從一重處斷，或依數罪併罰之例予以分論併罰⁷。

(二)本案中，甲於 112 年 1 月 16 日、同月 18 日、同月 20 日販賣毒咖啡包與不知名買家之行為，應成立販賣第三級毒品罪，而甲上開 3 次販賣行為，不僅於時間上均間隔 2 日，其交易地點、金額、數量，亦可明確區別，並不成立接續犯。綜上，縱使販賣對象真實身分不明，亦不論其販賣對象是否同一，均應認其各次販賣行為之犯意各別、行為互殊，應予分論併罰。

⁶ 101 年度台上字第 6464 號、102 年度台上字第 197 號、107 年度台上字第 4452 號判決意旨參照。

⁷ 108 年度台上字第 3026 號判決意旨參照。

三、甲將毒咖啡包重行分裝為 450 包毒果汁包，成立毒危條例第 5 條第 3 項之意圖販賣而持有第三級毒品罪。

(一)按行為人意圖營利而購入毒品，其主觀上雖認知係為銷售營利，客觀上並有購入毒品之行為，惟仍須對外銷售，始為販賣行為之具體實現。行為人意圖營利而購入毒品後，在尚未尋找買主前，即為警查獲，既未對外銷售或行銷，難認其意圖營利而購入毒品之行為，與該罪之構成要件實現具有必要關聯性，即非屬著手販賣之行為，應僅成立意圖販賣而持有毒品罪⁸。

(二)本案中，甲將毒咖啡包重行分裝為 450 包毒果汁包，係為使 4- 甲基甲基卡西酮之銷量提高，足認甲具販賣毒果汁包之意圖。惟甲製造第三級毒品罪後，尚未尋找買主，即為警所查獲，依上開判決意旨，甲既未對外銷售或行銷，難認與販賣毒品罪之構成要件實現具有必要關聯性，僅成立意圖販賣而持有第三級毒品罪。

四、甲於 112 年 3 月 10 日將 4- 甲基甲基卡西酮攪混果汁粉之行為，成立毒危條例第 4 條第 3 項之製造第三級毒品罪。

(一)按刑事法上所謂製造行為，乃指利用各種原、物料予以加工，製作成特定目的之產品。是凡將原本不具毒品性質之原料採取一切人為措施，經過一定之化學、物理步驟使之成為毒品固然屬之；縱使未經化學或物理變化，單純僅提高毒品純度，或將毒品型態予以變化（固態、液態、作成錠劑、乾燥化等）亦屬之。毒危條例所稱之「製造」，不僅包括將毒品原、物料提煉製成毒品，亦包含以改變毒品成分及效用為目的之非法加工、提煉、配置等行為（如以毒品以外之物為原料，提製成毒品、將毒品精煉，或使用化學或其他方法將一種毒品製成另一種毒品等），此為實務之穩定見解⁹。

(二)本案中，甲將 4- 甲基甲基卡西酮與果汁粉混充，雖未改變毒品之化學成分與性質，然其將之與果汁粉混合後製成毒果汁包，更有助於達成方便施

⁸ 109 年度台上字第 4861 號判決意旨參照。

⁹ 107 年度台上字第 1743 號、109 年度台上字第 1029 號、112 年度台上字第 1142 號判決意旨參照。



用及流通之目的，使毒果汁包更易於蔓延，對社會秩序與人體健康均造成威脅。最高法院 112 年度台上第 1142 號判決意旨認為，於此等情形，應審酌行為人將 4- 甲基甲基卡西酮攪混果汁粉，是否與除臭、增香或加味等改善毒品特性之優化加工有關，以及經攪混果汁粉之 4- 甲基甲基卡西酮，其施用之方式、體驗或感受，較諸單純施用 4- 甲基甲基卡西酮原態，其間有無差別或其異同為何，審慎認定行為人是否成立「製造」毒品之行為。

(三)綜上所述，甲將 4- 甲基甲基卡西酮攪混果汁粉增添香氣，以掩蓋 4- 甲基甲基卡西酮本身之臭味，而果汁粉屬一般人生活常見之風味食品，加入後製成毒果汁包，將使之更易於攜帶及便利施用，亦可能使一般人將之與一般果汁包商品相互混淆，使毒果汁包快速蔓延，增加一般大眾得以施用之可能性，所生危害更大，故應認為甲所為構成「製造」第三級毒品之犯行¹⁰。

五、甲轉讓大麻煙彈 1 顆與成年男子丙之行為，成立藥事法第 83 條第 1 項之轉讓禁藥罪。

(一)大麻為政府明令公告禁止使用之毒害藥品，為藥事法第 22 條第 1 項第 1 款所稱之禁藥，亦屬依毒品危害防制條例第 2 條第 2 項第 2 款公告列管之第二級毒品。其非法轉讓者，藥事法第 83 條第 1 項、毒品危害防制條例第 8 條第 2 項及第 6 項皆設有處罰規定，屬於同一犯罪行為而同時有 2 種法律可資處罰之法規競合情形。依重法優於輕法之原則，就轉讓大麻未達法定應加重其刑（如毒危條例第 8 條第 6 項，及第 9 條第 1 項、第 2 項所定轉讓毒品達一定數量、成年人對未成年人犯轉讓毒品罪、或明知為懷胎婦女而對之犯轉讓毒品罪）之情形，應優先擇法定刑較重之藥事法第 83 條第 1 項規定論處¹¹。

(二)甲轉讓與丙之大麻煙彈，非循醫師合法調劑、供應之管道取得，甲亦應知大麻同時屬於藥事法上所稱之禁藥，其所轉讓大麻之數量，經鑑驗為淨重 5 公克，尚未達毒危條例第 8 條第 6

¹⁰ 臺灣高等法院 112 年度上更一字第 41 號判決意旨參照。

¹¹ 109 年度台上大字第 1089 號裁定意旨參照。

項、轉讓毒品加重其刑之數量標準第 2 條第 1 項第 2 款所定應加重其刑之淨重 10 公克，所轉讓之對象為成年男性，應依藥事法第 83 條第 1 項之轉讓禁藥罪論處。

六、論罪科刑

(一)甲所犯運輸第三級毒品罪，與第一次販賣第三級毒品之行為，應論以想像競合¹²，再與第二次、第三次之販賣第三級毒品罪，分論併罰：

1. 按刑法刪除牽連犯之規定後，原認屬方法目的或原因結果，得評價為牽連犯之二犯罪行為間，如具有局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相伴，依想像競合犯論擬¹³。而「運輸」之性質或結果，並非當然含有「販賣」之成分，二者乃各自獨立之行為態樣，不存在有「階段行為」、「吸收關係」之問題¹⁴，刑法修正刪除牽連犯之規定後，行為人意圖營利販入毒品，運輸他地交付買受人，以完成賣出行為，其運輸與販賣毒品間，行為局部同一，應按想像競合犯

處斷¹⁵。

2. 因此，運輸毒品行為與販賣毒品行為，如有行為局部同一，依上開實務見解，得論以想像競合處斷。本案甲事前即就「運輸」及運輸後之「販賣」有完整計畫，則甲從事運輸毒品行為時，已知悉並意欲將所運輸之毒品對外販售，其運輸與販賣毒品之行為，在自然意義上雖非完全一致，惟其運輸上開 4- 甲基甲基卡西酮係為達成將 4- 甲基甲基卡西酮對外販售之犯罪單一目的，且運輸行為對於後續之販賣具有重要關連性以及行為局部同一性，應認屬一行為同時觸犯數罪名，較符合刑罰公平原則，如予以數罪併罰，反有過度處罰之疑。

3. 綜上所述，甲所犯運輸第三級毒品罪，應與第一次販賣第三級毒品之行為成立想像競合，從一情節較重（運輸數量淨重為 10 公斤，販賣數量淨重為 10 公克）之運輸第三級毒品罪處斷，再與第二次及第三次之販賣第三級毒品罪，分論併罰。

(二)甲成立製造第三級毒品罪

1. 甲持有第三級毒品 4- 甲基甲基卡西

¹² 99 年度台上字第 5452 號判決意旨、102 年度第 15 次刑事庭會議決議參照。

¹³ 107 年度台上字第 1066 號判決意旨參照。

¹⁴ 107 年度台上字第 2495 號判決意旨參照。

¹⁵ 97 年度台上字第 3494 號、108 年度台上字第 2437 號判決意旨參照。



酮之純質淨重達 5 公克以上，其持有該製毒原料之行為，應為製造行為所吸收。又其持有第三級毒品之毒品咖啡包、毒品果汁包，所含第三級毒品 4- 甲基甲基卡西酮之純質淨重合計亦達 5 公克以上，是其持有之低度行為，應為意圖販賣而持有之高度行為所吸收，均不另論罪。

2. 甲基於販賣營利之意圖，製造本案毒果汁包而持有之，係以一行為同時觸犯上開數罪名，為想像競合犯，應依刑法第 55 條規定，從一重以製造第三級毒品罪處斷。

(三)甲成立轉讓禁藥罪

甲轉讓前持有第二級毒品大麻之行為，與轉讓行為同為實質上一罪之階段行為，高度之轉讓行為既已依藥事法加以處罰，依法律適用完整性之法理，其低度之持有大麻行為，自不能再行割裂適用毒危條例加以處罰，而藥事法對持有禁藥之行為未設有處罰規定，故就甲轉讓前持有大麻之低度行為，應不另予處罰。

(四)刑之減輕事由：本案有毒危條例第 17 條第 2 項規定之適用

1. 甲於偵查及第一審程序，對於本案犯罪事實均坦承不諱，其所犯運輸第三

級毒品罪、製造第三級毒品罪及販賣第三級毒品罪，均有毒危條例第 17 條第 2 項減輕其刑規定之適用。

2. 轉讓禁藥罪部分：按行為人轉讓同屬禁藥之第二級毒品甲基安非他命（未達法定應加重其刑之一定數量）予成年人（非孕婦），依重法優於輕法之原則，應擇較重之藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪論處。最高法院大法庭業已統一見解，認為行為人成立藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪，於偵查及歷次審判中均自白者，基於罪刑相當、平等原則之誠命要求，仍有毒危條例第 17 條第 2 項自白減輕其刑規定之適用¹⁶。本案甲轉讓大麻煙彈之行為，構成藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪，其於偵查及第一審審理程序中自白，依上開判決意旨，仍有毒危條例第 17 條第 2 項減輕規定之適用。

參、兒少性剝削條例實例淺析¹⁷ 與相關實務見解

案例事實：

甲之友人（警方以另案移送）於民國 111 年 12 月間某日，以通訊軟體傳

¹⁶ 109 年度台上字第 4243 號判決意旨參照。

¹⁷ 以下僅討論涉及兒少性剝削條例罪刑之部分。

送 16 歲之被害人 A 自拍裸露胸部與下體之照片予甲，甲持自己之手機開啟被害人裸照供乙觀看，並允許乙以手指遮擋被害人臉部以下之裸露部位後，持乙之手機翻拍甲手機內之照片（亦即乙所翻拍之畫面僅有被害人臉部，無隱私部位）。檢察官於 112 年 7 月起訴甲涉犯修正前兒少性剝削條例（下稱舊條例）第 38 條第 1 項、同法第 39 條第 1 項之罪。

一、甲出示自己手機內之被害人裸照供乙觀看，並讓乙翻拍部分畫面，不成立修正前兒少性剝削第 38 條第 1 項之罪

(一) 112 年 1 月 10 日修正、同年 2 月 15 日公布施行之兒少性剝削條例（下稱新條例）第 2 條第 1 項第 3 款修正理由謂「衡量現今各類性影像產製之物品種類眾多，原第 3 款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，皆已為刑法修正條文第 10 條第 8 項性影像所涵蓋，為與刑法性影像定義一致，爰參酌刑法修正條文第 10 條第 8 項規定，將第 3 款之照片、影片、影帶、光碟、電子訊號修正為性影像，以避免臚列之種類掛一

漏萬。」是新條例第 2 條第 1 項第 3 款關於「性影像」之部分，僅係文字調整，非實質內容修正，無新舊法比較適用之問題。又，A 自拍裸露胸部與下體之照片，屬於含有性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位之影像，自屬性影像，合先敘明。

(二) 舊條例第 38 條第 1 項規定：「散布、播送或販賣兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。」實務見解認為本條項之「散布」係指散發傳布於公眾，而「以他法供人觀覽」之補充概括規定，雖未明定為公然，惟實與上開例示規定相同而含有公然之意，必係置於不特定人或特定多數人可得觀賞、瀏覽之狀態下，始足當之¹⁸。本案甲係一對一、私下出示被害人自拍裸照之性影像供乙觀看，與舊條例之「散布」或「以他法供人觀覽」之要件不合。

(三) 新條例第 38 條第 1 項與修正前之兒少性剝削條例（下稱舊條例）第 38 條第 1 項，差別在於前者新增「交

¹⁸ 84 年台上字第 6294 號判決先例、高雄高分院 111 年度上訴字第 332 號判決意旨參照。



付」之行為態樣，修正理由並謂「行為人雖未為散布、播送或公然陳列兒童或少年之性影像、性交或猥褻行為之圖畫等物品之行為，然一有交付上述性影像或物品則有流傳可能性，其侵害之程度應與散布、播送或公然陳列行為等視。」據此，「交付」並不要求行為人必須如同散布一般，將兒少性影像置於不特定人或特定多數人可得觀賞瀏覽之狀態下，一對一私下傳送之行為亦該當「交付」此一構成要件。

(四)惟，甲行為時之舊條例第 38 條第 1 項並無「交付」之行為態樣，基於刑法第 1 條所定之「罪刑法定原則」及「法律不溯及既往原則」，本案無從對甲論以新條例第 38 條第 1 項之罪，應對甲論知無罪之判決。

(五)本文進一步認為，縱使甲之行為時點在新條例第 38 條第 1 項施行後，然若以修正理由之「流傳可能性」作為交付之解釋依據，則應視甲是否有將被害人之裸照傳送予乙，抑或是否讓乙翻拍完整之被害人裸照，決定甲之行為是否該當「交付」。由於甲除出示手機供乙觀看外，並未另行傳送被害人之裸照予乙，且乙自始僅拍攝將被害人之身體隱私部位遮隱後之臉部畫面，應認為甲之行為未提升被害人影像遭流傳之可能性，故不該當新

條例第 38 條第 1 項之「交付」。

二、甲出示自己手機內之被害人裸照供乙觀看，並讓乙翻拍部分畫面，不成立新條例第 39 條第 1 項之罪

(一) 112 年 1 月 10 日修正、同年 2 月 15 日公布施行前之舊條例第 39 條規定無正當理由持有兒童或少年相關禁止影像，第一次被查獲者，處新臺幣 1 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並得令其接受 2 小時以上 10 小時以下之輔導教育，其物品不問屬於持有人與否，沒入之；第二次以上被查獲者，處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰金，其物品不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。112 年 1 月 10 日修正、同年 2 月 15 日公布施行之新條例第 39 條第 1 項增訂「無正當理由持有兒童或少年之性影像，處 1 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 3 萬元以上 30 萬元以下罰金。」

(二)上開新條例第 39 條第 1 項修正理由認為，考量兒童色情圖片對慾望之刺激具關聯性，觀看後可能採取實際行動傷害兒童，為避免兒童及少年遭受任何形式之性剝削，避免觀看兒童或少年性影像之人採取實際行動傷害兒童或少年，提高犯罪之危險性，以達

成防制、消弭以兒童或少年為性剝削對象之國家重大公益目的，爰增訂第一項，明定無正當理由持有兒童或少年之性影像，處以刑罰。

(三)本案甲之行為雖該當於修正後之無正當理由持有兒童或少年之性影像，惟舊條例第 39 條關於無正當理由持有兒少相關禁止影像（而初次遭查獲者），係處以行政罰及沒入，屬於行政規範問題，新條例第 39 條第 1 項始增訂對於無正當理由持有兒少性影像之行為處以刑罰，此刑罰規定不能溯及既往，故應對甲諭知無罪之判決。

三、兒少性剝削條例第 36 條常見問題之相關實務見解

(一)現今智慧型手機或平板電腦等配有拍攝、錄影功能之電子產品普及，且註冊社群軟體帳號極為容易，遂衍生許多未成年人拍攝裸露影像傳送予他人後，該裸露影像遭到外流之案件。兒少性剝削條例第 36 條（下稱本條）屬於刑事訴訟實務常見之犯罪行為，本條各項（第 1 項至第 5 項）依序依

行為人與被害人間有無合意、實施手段之強弱，由輕至重而為不同刑度之分層化規範¹⁹。

(二)修正前本條第 2 項及第 3 項並未明文將「自行拍攝」之行為態樣納入處罰範圍，惟近年因電子產品持用率上升，不少犯罪手法係行為人要求兒少「自行拍攝」性影像，實務遂透過將使兒少「自行拍攝」照片或影片之行為解釋為「創造」照片或影片之手段之一，將之納入「製造」之範圍²⁰。112 年 2 月 15 日公布施行之本條則將上開見解明文化，於本條第 2 項及第 3 項增列使兒少「自行拍攝、製造」之態樣²¹，以保障兒少權益。

(三)實務對於本條第 3 項之「違反本人意願之方法」，採取與刑法第 221 條之「其他違反其意願之方法」相同之解釋方法，均不以類似於條文所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術及催眠術等方法為必要，只要行為人之行為具有壓制或妨礙被害人意思自由之作用，或被害人之意思決定過程，因行為人之行為而發生瑕疵，即合於本條項「違反本人意願之方法」之要件。除

¹⁹ 111 年度台上字第 994 號判決意旨參照。

²⁰ 110 年度台上字第 2208 號判決意旨參照。

²¹ 個案中應明辨係「拍攝」照片或「製造」電子訊號。「拍攝」係指以傳統攝影機為動態（即連續畫面）之影音攝影，及利用傳統照相機設備為靜態（即定格畫面）之影像攝影；「製造」本質為電子訊號轉換數位圖檔及影像而成，具有同步儲存照片、影片、電子訊號之紀錄功能。



要求兒少自行拍攝或製造性影像外，「偷拍」亦屬常見之犯罪手法，且實務認為偷拍兒少性影像應成立本條第 3 項之罪，蓋行為人刻意隱匿事先架設之錄影器材，導致兒童或少年處於不知被拍攝之狀態，而無法對於被拍攝一事表達反對之意思時，乃是剝奪兒童或少年同意被拍攝與否之選擇自由，使其形同被迫而遭受偷拍性影像，故偷拍屬於「違反本人意願之方法」²²。

(四)除上述使被害人自行拍攝、製造性影像與偷拍之外，行為人亦經常以利用手機或電腦視訊機會，私自擷圖被害人裸露部位之方式違犯本條規定。

1. 110 年度台上字第 2208 號判決意旨認為，視訊交流已屬相當普及之社會活動，且參與視訊之雙方亦應當知悉於視訊過程中，他方可隨時輕易以擷圖或螢幕錄影之方式留存視訊畫面，則在視訊過程中，除有反對之意思表示外，依社會一般通念，參與視訊之任何一方對於自己之影像不被對方擷圖儲存之合理隱私期待甚低，因此視訊之一方於另一方不知情之情況下，

在視訊過程擷圖拍攝、製造、儲存靜態影像，其行為強度與對被害法益之侵犯，難認已達壓抑、妨礙被害人之意思自由之程度，因此不構成本條第 3 項所指「其他違反本人意願之方法」。惟行為人於視訊過程中另行採取擷圖之積極紀錄動作，與本條第 1 項被害人知情且同意之單純拍攝、製造被害人影像之行為強度及法益侵害仍有差別，故利用視訊機會擷圖之行為，應成立本條第 2 項之罪，始合於立法規範意旨。

2. 本文認為，本條第 3 項應以行為人所實施之手段達到足以妨害、壓抑被害人之意思自由及性自主決定權為必要²³，而利用視訊機會私自擷取兒少裸露部位之照片，應尚未達足以壓制被害人之自主決定權之程度，且相較於被害人無從預見與防備之「偷拍」，視訊之一方對於可能被擷圖之情事，具有較高之預見可能性，倘對行為人以本條第 3 項之罪相繩²⁴，恐有罪刑不相當之虞，因此本文亦贊同上開最高法院見解。

(五)本條第 1 項之單純同意與第 2 項「引

²² 109 年度台上字第 3592 號、111 年度台上字第 1838、3725 號判決意旨參照。

²³ 臺灣高等法院 111 年度侵上訴字第 169 號判決意旨參照（本判決經 112 年度台上字第 1672 號判決駁回上訴確定）。

²⁴ 臺灣高等法院暨所屬法院 110 年法律座談會刑事類提案第 8 號研討結果。

誘」之區別²⁵

本條第2項之「引誘」，實務認為是指以積極介入之手段勾引、誘惑本來無意製造性影像之兒少，使其產生製造性影像之意思。第1項則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。第1項之行為態樣無論是單純詢問或請求均無不可，然而若行為人另行施加積極介入手段，藉此獲取被害人同意，則已逸脫第1項之規範目的，而該當於第2項之引誘。

(六)本條第2項之「引誘」與第3項之「詐術」區別

1. 實務見解認為，本條第2項與第3項所規定行為態樣之區別，應視行為人是否違反被害人意願為斷。本條第3項之罪必須行為人所實施之手段達到足以妨害、壓抑被害人之意思自由及性自主決定權為必要，於行為人施用詐術之情況，若係帶有恐嚇性質之詐術（包括以神鬼等非人力可得控制之內容為之），而使被害人心理陷於受強制之陰影，足以妨害被害人之自由意思及其決定者，固然該當本條第3項之詐術；然而，若行為人施以非恐嚇性質之詐術，被害人對於法益侵害之對價、目的雖受到欺瞞，但對於法

益受侵害一事沒有誤認，此時應認被害人係動機錯誤，難認其性自主活動係受妨害、壓抑而為決定，其同意仍有效而得阻卻構成要件。簡言之，行為人使用詐術欺騙兒少時，應該視詐術內容是否足以妨害、壓抑被害人之意思自由及性自主決定權，以及詐術內容是否與法益侵害有關²⁶，以判斷行為人應成立本條第2項或第3項之罪。

2. 於實習期間，適有一案例為少年甲於112年5月間向15歲之乙表示只要乙拍攝裸照傳送給甲，即願意與乙交往，實則甲並無與乙交往之真意。乙應允並以手機拍攝裸露全身及生殖器官之照片傳送予甲後，乙之法定代理人始知悉上情並報警處理，警方以本條第3項之罪名移送甲。本案中，甲確有誑騙乙，惟此誑騙與本條第3項之「施用詐術」仍屬有別，蓋如前所述，本條第3項應以行為人之手段已足以妨害、壓抑被害人之意思自由及性自主決定權為必要，甲所施用之詐術並不帶有恐嚇性質，乙對於傳送裸照予甲一事亦有明確認知，其對於法益侵害之對價、目的雖受欺瞞，但對法益受侵害一事並未誤認，應認為係

²⁵ 111年度台上字第994號、112年度台上字第862號判決意旨參照。

²⁶ 同註23。



乙之動機錯誤，難認其性自主活動已受妨害、壓抑，故甲之行為應成立本條第 2 項之「引誘」使少年製造猥褻行為電子訊號罪，非屬最輕本刑 5 年

以上有期徒刑之罪，毋庸裁定移送於檢察官²⁷，少年法院（庭）得自行為調查與審理。

²⁷ 少年事件處理法第 27 條第 1 項第 1 款。