

裁判字號：臺灣高等法院 臺中分院 107 年上易字第 45 號刑事判決

裁判日期：民國 107 年 02 月 27 日

裁判案由：違反兒童及少年性剝削防治條例等

臺灣高等法院臺中分院刑事判決 107年度上易字第45號

上訴人 臺灣臺中地方法院檢察署檢察官

被告 吳建達

上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防治條例等案件，不服臺灣臺中地方法院106 年度易字第3426號中華民國106 年11月21日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方法院檢察署106 年度偵字第18839 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

甲○○販賣及公然陳列兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫，處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

扣案如附表編號6 所示「正確的性教育」、編號8 所示「清一色是童貞」之書籍（漫畫）各壹本，均沒收。

事 實

一、甲○○明知其前於民國100 年、101 年間，在高雄市○○路○○○○○○○○○○○○○○號6 所示之「正確的性教育」、編號8 所示之「清一色是童貞」書籍（漫畫）各1 本，其內容係兒童或少年為性交及撫摸、裸露生殖器特寫等猥褻行為之圖畫，客觀上足以刺激或滿足性慾，令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻物品，竟基於販賣上開書籍之犯意，於106 年6 月7 日14時50分許，在其位於臺中市○○區○○路0 段000 號19樓16室居處，利用電腦設備上網連結至露天拍賣網站，再以其所使用之帳號「alice101028 」登入露天拍賣網站後，上傳上開內容含有客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般大眾羞恥感之兒童或少年裸露性器官或其他身體部位之猥褻圖畫書籍封面，置於該露天拍賣網內，而公然陳列，並刊登「二手好書無底價多少賣多少日漫中文版18禁H 漫A 五本魔の穴系列合售八成新」之標題，表明欲以競價方式，出售上開內容含有少男少女性交圖畫之猥褻色情書刊2 本及如附表編號5 、7 、9 所示之猥褻色情書刊3 本（編號5 、7 、9 之內容未含少男少女性交圖畫，此部分不另為無罪之諭知，詳後述）。嗣經警執行網路巡邏時發現上開競價資訊，下標後向甲○○購買上開書籍，經檢閱內容後，始悉上情。

二、案經臺北市政府警察局中正第二分局報告臺灣臺中地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、證據能力之說明

- 一、按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159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為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159條之5定有明文。核其立法意旨在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，原則上先予排除。惟若當事人已放棄反對詰問權，於審判程序中表明同意該等傳聞證據可作為證據，或於言詞辯論終結前未聲明異議，基於尊重當事人對傳聞證據之處分權，及證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，且強化言詞辯論主義，使訴訟程式得以順暢進行，上開傳聞證據亦均具有證據能力。查本判決所引下列被告以外之人於審判外所為之陳述，上訴人即檢察官（下稱檢察官）及被告甲○○均表示對該等證據無意見，於本院審理時亦未就證據能力有所爭執，且迄本案言詞辯論終結前，均未主張有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情形，而經本院審酌上開傳聞證據作成時之情形，並無人情施壓或干擾，亦無不當取證之情形，認為以之作為本案之證據亦屬適當，是上揭證據，自均具有證據能力。
- 二、又刑事訴訟法第159條至第159條之5有關傳聞法則之規定，乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述所為之規範；至非供述證據之書證及物證，其中書證部分若以該書面證據本身物體之存在或不存在作為證據者，係屬物證，性質上並非供述證據，應無傳聞法則規定之適用，如該非供述證據非出於違法取得，並已依法踐行調查程序，即不能謂其無證據能力。本判決下列所引用之其他非供述證據，檢察官及被告均表示無意見，且查無違法取得之情形，復經依法踐行調查程序，本院認亦得作為證據。

貳、實體方面之理由

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由

訊據被告甲○○固坦承有於上開時、地，以其女友申設之露天拍賣網站帳號「alice101028」，在該網站刊登「二手好書無底價標多少賣多少日漫中文版18禁H漫A五本魔の穴系列合售八成新」標題及如附表編號6、8所示書籍之封面照片等拍賣訊息，嗣並販售上開色情書籍給佯裝買家之警員等事實，惟矢口否認有何犯行，辯稱：伊將上開拍賣訊息張貼於露天拍賣網站之「成人專區」，限18歲以上之會員才可以入內瀏覽、購物，伊只是想要賣掉舊書而已，沒有犯罪云云。惟查：

- (一)被告於上開時、地，以其女友申設之露天拍賣網站帳號「alice101028」，在該網站刊登「二手好書無底價標多少賣多少日漫中文版18禁H漫A五本魔の穴系列合售八成新」標題

及如附表編號6、8所示書籍之封面照片等拍賣訊息，嗣並販售如上開色情書籍給佯裝買家之警員等事實，業據被告供承在卷，並有承辦警員黃述愷之職務報告、被告刊登於露天拍賣網站之網頁列印資料及結帳明細、上開2本色情書籍封面及內頁照片、通訊調閱查詢單、露天拍賣會員帳號「alice101028」基本資料在卷可佐（見偵卷第7至8頁、第16至17頁、第19至20、22至23頁、第24、25頁），足認被告此部分自白與事實相符，堪先認定。

- (二)扣案如附表編號6所示「正確的性教育」、編號8所示「清一色是童貞」書籍（漫畫）內容，有外表稚嫩、清澀之男女裸體、性交，及撫摸、裸露生殖器特寫等圖畫，兼有「這就是中學女生的全裸喔」、「你是國中生吧？可不可以陪我做愛啊？」、「請問～你還是國中生吧？你曾經和女生發生過關係嗎？」等對白文字，有上開漫畫節錄內容影本在卷可稽（見偵卷第19、20、22、23頁），此部分事實亦堪認定。
- (三)查「兒童及少年性交易防制條例」於84年8月11日公布施行後，歷經數次修正，其間於96年7月4日修正公布第28條，迄104年2月4日公布修正全條文及修正名稱為「兒童及少年性剝削防制條例」，原兒童及少年性交易防制條例第28條「（第1項）散布、播送或販賣前條拍攝、製造之圖片、影片、影帶、光碟、電磁紀錄或其他物品，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。（第2項）意圖散布、播送、販賣而持有前項物品者，處二年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。（第3項）無正當理由持有前項拍攝、製造兒童及少年之圖片、影片、影帶、光碟、電磁紀錄或其他物品，第一次被查獲者，直轄市、縣（市）主管機關得令其接受二小時以上十小時以下之輔導教育，第二次以上被查獲者，處新臺幣二萬元以上二十萬元以下罰金。（第4項）前三項之物品，不問屬於犯人與否，沒收之。」之規定，修正並移列為兒童及少年性剝削防制條例第38條：「（第1項）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3年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。（第2項）意圖散布、播送、販賣或公然陳列而持有前項物品者，處2年以下有期徒刑，得併科新臺幣2百萬元以下罰金。（第3項）查獲之前二項物品，不問屬於行為人是不是，沒收之。」。由上開96年7月4日修正之兒童及少年性交易防制條例第28條立法理由□之2.「兒童色情圖片對慾望的刺激是有關聯性的，觀看之後可能會採取實際的行動去傷害兒童。」，及104年2月4日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第38條條文將原兒童及少年性交易防制條例第28條第1項之「圖片」修正為「圖畫、照片」可知，上開條文係基於保護兒童及少年之目的，避

免觀看兒童或少年色情圖畫、照片之人，於觀看後採取實際的行動去傷害兒童或少年，應認該色情圖畫中之兒童或少年縱使是虛擬人物，亦屬該條規範之對象。

(四)又刑法第235 條第1 項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為乙節，固據司法院大法官會議第617 號解釋在案，惟觀其內容可知係針對刑法第235 條所定猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品所為解釋，至於兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，縱未含有暴力、性虐待或人獸性交等內容，且傳布時已採取適當之安全隔絕措施，雖不構成刑法第235 條之罪，然此部分既受兒童及少年性剝削防制條例第38條之特別法所規範，仍為該法所禁止。承上所述，扣案如附表編號6 所示「正確的性教育」、編號8 所示「清一色是童貞」之書籍（漫畫）內容，有外表稚嫩、清澀之男女裸體、性交及撫摸、裸露生殖器特寫等圖畫，兼有表明上開人物為中學生之文字，則被告辯稱伊將上開拍賣訊息張貼於露天拍賣網站之「成人專區」，限18歲以上之會員才可以入內瀏覽、購物，沒有犯罪云云，自非可採。

(五)綜上，被告所辯非可採信，本案事證已臻明確，被告之犯行堪以認定。

二、論罪科刑之理由

(一)核被告甲○○所為，係犯兒童及少年性剝削防制條例第38條第1 項之販賣及公然陳列兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫罪。

(二)原審就本案未綜合全部卷證資料，勾稽各項證據審酌判斷，而為被告無罪之判決，應有違誤，檢察官指摘原審判決認事有誤，為有理由，應由本院撤銷改判。爰審酌被告素行尚可（參見卷附臺灣高等法院被告前案紀錄表），為圖一己出售舊書之便利，在拍賣網站販賣及公然陳列上開兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫，刺激觀看者之慾望，增加兒童或少年受害之風險，及被告就客觀事實均未否認，態度尚稱良好，暨其學歷為大學畢業，擔任臨時工，日薪新臺幣1000元左右，未婚，無子女（見原審卷第17頁）等一切情狀，量處如主文第2 項所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

三、沒收之理由

刑法施行法第10之3 條規定：「105 年7 月1 日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。」；而兒童及少年性剝削防制條例第38條第3 項規定「查獲之前二項物品，不問屬於行為人與否，沒收之。」係104 年2

月4日公布，於106年1月1日施行，是關於兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項、第2項查獲之物品，自應依同條第3項宣告沒收。爰就本件扣案如附表編號6所示「正確的性教育」、編號8所示「清一色是童貞」書籍（漫畫）各1本，均依兒童及少年性剝削防制條例第38條第3項之規定宣告沒收。

四、不另為無罪諭知之理由

(一)公訴意旨另以：被告甲○○明知前於100年、101年間，在高雄市○○路邊所購買供己觀覽之如附表所示猥褻書籍9本（其中2本【起訴書誤載為5本】為兒童或少年之圖畫），其內容無藝術性、醫學性或教育性價值之有關男女間口交、性交及裸露生殖器特寫等客觀上足以刺激或滿足性慾，令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻物品，竟基於意圖販賣而持有並公然陳列猥褻物品之接續犯意，先後為下列行為：①明知「露天拍賣」網站係公開網頁，可供不特定人瀏覽，亦未採取適當安全隔絕措施，於民國106年6月7日14時50分許，在其位於臺中市○○區○○路0段000號19樓16室居處，利用電腦設備上網，連結至露天拍賣網站，再以其所使用之帳號「alice101028」登入露天拍賣網站後，上傳內容含有客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般大眾羞恥感之兒童或少年裸露性器官或其他身體部位之猥褻圖畫書籍封面，置於該露天拍賣網內，並刊登「二手好書無底價標多少賣多少日漫中文版18禁H漫A五本魔の穴系列合售八成新」之標題，表明欲以競價方式，出售附表編號5至9所示內容含有少男少女性交圖畫之猥褻色情書刊5本（應更正為其中內容編號6、8含有少男少女性交、猥褻圖畫），供不特定人上網瀏覽，以為販售上開猥褻書籍之廣告圖片。②甲○○再接再續於同日15時50分，以其使用之上開帳號，在露天拍賣網站，上傳內容含有客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般大眾羞恥感之裸露性器官或其他身體部位之猥褻照片書籍封面，置於該露天拍賣網內，並刊登「二手好書無底價標多少賣多少18禁短篇情色文學精選四本激情藥劑/電梯之狼/專櫃小姐作戰計畫/我被學生上了合售八成新」之標題，表明欲以競價方式，出售附表編號1至4所示內容含有性交圖片之猥褻色情書刊4本，供不特定人上網瀏覽，以為販售上開猥褻之書籍之廣告圖片。嗣經警執行網路巡邏時發現上開競價資訊，下標後向甲○○購買上開書籍9本，經檢閱該書籍之內容後，始悉上情，並扣得上開書籍9本。因認被告就附表編號1至5、7、9部分涉犯刑法第235條第1項公然陳列猥褻物品、兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項公然陳列兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫等罪嫌；就附表編號6、8部分涉犯刑法第235條第1項公然陳列猥褻物品罪嫌等語。

(二)按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；又

不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。次按認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極之證據本身存有瑕疵而不足為不利於被告事實之認定，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據；且刑事訴訟法上所謂認定犯罪事實之積極證據，係指適合於被告犯罪事實之認定之積極證據而言，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，自不能以推測或擬制之方法，以為有罪裁判之基礎（最高法院著有30年上字第816號、29年上字第3105號、76年台上字第4986號、40年台上字第86號判例意旨可參）。再按刑事訴訟法第161條第1項規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其闡明之證明方法，無從說服法官以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知（最高法院92年台上字第128號判例意旨參照）。

(三)公訴意旨認被告甲○○涉犯上開罪嫌，係以被告警詢及偵訊之供述、臺北市政府警察局中正第二分局警備隊員警職務報告、扣押筆錄、扣押物品目錄表、被告於露天拍賣網站刊登販售色情書籍之拍賣訊息及結帳明細等網路列印資料、採證及扣押物品內頁照片、通聯調閱查詢單、露天拍賣會員帳號個人資料、露天網頁列印資料等，為其論據。訊據被告固坦承有於上開時、地，以其女友申設之露天拍賣網站帳號「alice101028」，在該網站刊登「二手好書無底價標多少賣多少日漫中文版18禁H漫A五本魔の穴系列合售八成新」、「二手好書無底價標多少賣多少18禁短篇情色文學精選四本激情藥劑/電梯之狼/專櫃小姐作戰計畫/我被學生上了合售八成新」之標題及如附表所示之9本色情書籍封面照片等拍賣訊息，嗣並販售扣案之9本色情書籍予佯裝買家之警員等事實，惟堅詞否認有何公然陳列猥褻物品及公然陳列兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫之犯行，辯稱：伊將上開拍賣訊息張貼於露天拍賣網站之「成人專區」，限18歲以上之會員才可以入內瀏覽、購物等語。

(四)經查：

- 1.被告先後於106年6月7日下午2時50分許、3時50分許，在其位於臺中市○○區○○路0段000號19樓16室住處，以電腦設備連結網際網路登入露天拍賣網站，使用以其女友名義申請之「alice101028」帳號，在露天拍賣網站「成人專區」，刊登「二手好書無底價標多少賣多少日漫中文版18禁H漫A五本魔の穴系列合售八成新」、「二手好書無底價標

多少賣多少18禁短篇情色文學精選四本激情藥劑/ 電梯之狼 / 專櫃小姐作戰計畫/ 我被學生上了合售八成新」之標題及如附表所示9 本色情書籍封面照片等拍賣訊息，嗣經警喬裝買家下標購得扣案色情書籍9 本之事實，業據被告於警詢、偵訊及審理時供認不諱（見偵卷第9 頁反面至第10頁反面、第33頁；原審卷第14頁、本院卷第19頁反面、第28頁），復有臺北市政府警察局中正第二分局警備隊扣押筆錄、扣押物品目錄表各1 份、被告於露天拍賣網站刊登販售色情書籍之拍賣訊息及結帳明細等網路列印資料2 紙、扣案9 本色情書籍封面及內頁照片24張、通訊調閱查詢單、露天拍賣會員帳號「alice101028 」基本資料1 份在卷可稽（見偵卷第12頁至第25頁），另有扣案之9 本色情書籍可資佐證，此部分事實堪以認定。

- 2.按所謂「猥褻」係指客觀上足以刺激或滿足性慾，而其內容可與性器官、性行為或性文化之描繪與論述聯結，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（司法院大法官會議釋字第407 號解釋參照）；又觀諸司法院釋字第617 號解釋：「憲法第11條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會。性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，亦應受上開憲法對言論及出版自由之保障。惟憲法對言論及出版自由之保障並非絕對，應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則，國家於符合憲法第23條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制。為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。惟為貫徹憲法第11條保障人民言論及出版自由之本旨，除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。刑法第235 條第1 項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為」。是除所販售之猥褻物品內容係含有暴力、性虐待或人獸性交等無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品，當然該當刑法第235 條之構成要件外，其餘客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻物品，則須在未採取適當之安全隔絕措施而為傳布，使一般人得以見聞始足當之。本案被告所販售之書籍，內容雖係男女性交、口交、顏射等行為，且刻意誇

大表露男、女性器官，而無藝術性、醫學性或教育性等價值之文字、圖畫或照片，有扣案9 本色情書籍封面及內頁照片24張附卷可查（見偵卷第18頁至第23頁），客觀上應足以刺激或滿足性慾，且係將女性視為激發性慾之客體對象，衡諸本國社會民情，一般人當會感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之，應屬前揭釋字第407 號解釋所指涉之無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻物品無疑，惟本件扣案之9 本色情書籍經原審當庭勘驗結果，尚未發現內含性暴力、性虐待或人獸性交等猥褻資訊（見原審卷第15頁勘驗筆錄），則揆諸前揭釋字第617 號解釋意旨，本件被告所販賣者，應屬第二類即「軟蕊」猥褻物品，而非第一類「含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值」之所謂「硬蕊」猥褻物品。茲應審究者，乃係被告在露天拍賣網站販售上開書籍有無採取適當之安全隔絕措施。

3. 本案被告係在露天拍賣網站之「成人專區」刊登前揭販賣猥褻書籍之訊息一節，有該拍賣網頁列印資料在卷可憑（見偵卷第16頁），而露天拍賣網站關於「成人專區」之管制措施為：會員以申設之帳號登入「成人專區」後，系統頁面會出現「本商品為限制級商品，限18歲以上會員瀏覽與購買」，會員需點選「我已滿18歲」始能進入「成人專區」等情，有露天拍賣網頁進入成人專區畫面之列印資料在卷可考（見偵卷第34頁），足認被告並非恣意在網路上公然陳列猥褻物品，而係將之刊載於拍賣網站所特別設立之「成人專區」內，已充分揭露所販賣之書籍內容屬限制級即涉及男女裸露性器官、為性交行為等猥褻內容，且登入「成人專區」之網頁時，系統頁面亦會自動出現警告標語，則由司法院釋字第617 號解釋理由書對所謂「適當之安全隔絕措施」例示「附加封套、警告標示或限於依法令特定之場所內」等方式以觀，堪認定被告已採取適當之安全措施，而不該當刑法第235 條第1 項之罪。
4. 公訴及上訴意旨固稱：現今網路使用之特性即在於無法確認使用者之真實身分及年齡，網路業者對此亦無能詳加控管，故露天拍賣成人專區雖有註明已滿18歲之人始得進入，但此僅為形式上而非實質上控管接觸者之年齡，此為被告所知悉，依此，尚難認被告已採取適當之安全措施等語，惟刑法第235 條之立法目的在於整體社會善良風俗之維護，非專為保護未成年人，此由釋字第617 號解釋所稱「適當之安全措施」係指「附加封套、警告標示或限於法令特定場所等」，而非分級制度，益足證之，蓋上開適當安全措施，亦無可能對買受人之身分為實際查驗，而達到確實防止未成人買受之結果，況現今拍賣網站經營者所提供之交易平臺，並不具有公務機關查驗會員身分之權限，尚難絕禁惡意之網路使用者匿名進入網站填載虛偽資料加入會員之情況，實際上亦無可能對網路使用者之真實身分為完全、確切地辨識，自不能將網

編號	書名	數量
1	我被學生上了	1 本
2	專櫃小姐作戰計劃	1 本
3	電梯之狼	1 本
4	激情藥劑	1 本
5	太過淫盪的□之穴	1 本
6	正確的性教育	1 本
7	快感姬遊戲	1 本
8	清一色是童貞	1 本
9	羞恥肉林	1 本

資料來源：司法院法學資料檢索系統