

裁判字號：最高法院 103 年台上字第 2699 號刑事判決

裁判日期：民國 103 年 08 月 07 日

裁判案由：違反兒童及少年性交易防制條例

最高法院刑事判決 一〇三年度台上字第二六九九號

上訴人 吳尚樺

上列上訴人因違反兒童及少年性交易防制條例案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇三年四月二日第二審判決（一〇二年度上訴字第六五〇號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署一〇〇年度偵字第一二一〇七號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件上訴人甲○○上訴意旨略以：(一)雅虎「000000000」網路帳號使用人與上訴人所使用雅虎即時通「0000000000」帳號曾以同一位址登入，其登入之時點多所重疊。法務部調查局鑑定結果稱可在同一電腦上同時開啟兩個雅虎奇摩即時通程式，而以不同帳戶登入。惟其鑑定之版本與上訴人當時所使用版本相去甚遠。「0000000000」使用人申請註冊之IP位址，因紀錄已逾保存期限，天空傳媒股份有限公司（下稱天空公司）與中嘉和網股份有限公司均已無從提供資料。而上訴人所使用之電腦內建有遠端桌面連線程式，可進行操控或存取特定電腦，證人即上訴人之兄吳○○亦證述家中只有伊比較有電腦知識，上訴人電腦常出問題，均係伊幫忙安裝，安裝視窗作業系統時會幫上訴人設定0000或0000等簡單之數字名稱、帳號。上訴人既無電腦知識，且當時失業在家亦無資力，兄吳○○所設定之帳號密碼均屬簡單容易破解之數字，可認「0000000000」使用人係他人於坊間網咖所申報註冊，並於破解上訴人電腦之帳號、密碼後，以遠端遙控之方式操控上訴人之電腦，而為本件犯行。原審未本於罪證有疑惟利被告原則，而為上訴人有利之認定，有違背法令之處。(二)鈞院倘認本件為上訴人所犯，則上訴人是否該當兒童及少年性交易防制條例第二十七條第三項、第四項之行為，亦非無疑。上開條文，均須使被害人立於被動之地位，直接被侵害，而遭他人拍攝、製造猥褻之電子訊號。本件行為人是利用被害人甲女（民國000年0月生，姓名年籍詳卷）「自拍」的方式而為，且所為之手段

係欲將甲女第一次所拍攝之不雅照片散布予他人之將來惡害通知，致使其心生恐懼，應屬對甲女實施恐嚇之言語，是否已達脅迫之程度，並非無疑。若將此恐嚇被害人自拍之行為擴張解釋該當兒童及少年性交易防制條例第二十七條第三項、第四項之最輕本刑五年以上有期徒刑之行為，有違罪刑法定原則及罪刑相當原則。(三)若鈞院仍認本件為上訴人所犯，上訴人係因不滿意甲女第一次所拍攝之照片，要求甲女重新拍攝，其本意係希望可以一次取得甲女之照片，故於密切接近之時、地實行上開行為，侵害甲女之同一法益。且依社會通念，倘認其行為成立二罪，分論併罰，顯然過度評價有違罪刑衡平原則，亦與刑法之謙抑性有違。應評價為接續犯之包括一罪為是云云。

二、惟查原判決依憑證人甲女、吳○○、歐○○、吳○○、吳○○之證言，扣案電腦主機一台，卷附雅虎即時通對話內容六張、分享照片歷史檔列印資料六張、扣案電腦硬碟中發現之甲女猥褻照片六張，偵查報告，IP「00.000.000.00」位址申請人資料，海軍一二四艦隊一〇一年三月二十八日海二四行字第○○○○○○○○○○號函暨所附切結書，法務部調查局一〇二年一月二十九日調資伍字第○○○○○○○○○○號函檢送之鑑定報告，香港商雅虎資訊股份有限公司台灣分公司一〇一年十二月五日雅虎資訊（一〇一）字第○○○○號函、一〇二年一月二日雅虎資訊（一〇二）字第○號函、一〇二年十月八日雅虎資訊（一〇二）字第○○○○號函，中嘉寬頻股份有限公司一〇二年一月八日（一〇二）中寬法字第○○○號函，中嘉和網股份有限公司傳真資料，天空公司一〇二年十月十七日（一〇二）天空法字第○○號函，原審公務電話查詢紀錄表二份，台灣微軟股份有限公司一〇二年四月十日微軟法字第000000-0號函，行動電話簡訊翻拍照片一張，通聯調閱查詢單一份、電話使用人基本資料查詢三份，網路列印資料、行動電話翻拍照片，理泓資訊有限公司一〇一年六月六日、一〇一年七月三日函、0000000000000000.00 0.00 電子郵件信箱申設資料各一份，「000遊戲歡樂城」網站歷史紀錄，第一審勘驗筆錄及列印之臉書資料，理泓資訊有限公司一〇一年十一月七日函及所附解除安裝資料，內政部警政署刑事警察局一〇一年十一月二十六日刑研字第○○○○○○○○○○號函，扣案電腦中之猥褻照片列印共二十二張，上訴人之台灣高等法院被告前案紀錄表等證據資料，資以認定上訴人有原判決事實欄所記載之犯罪事實，因而維持第一審論處上訴人犯引誘使未滿十八歲之人製造猥褻行為之電子訊號罪，又犯脅迫使未滿十八歲之人製造猥褻行為之電子訊號未遂罪（均累犯）等罪刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳述其依憑之證據及認定之理由。並對於上訴人矢口否認有何引誘、脅迫未滿十八歲之人製造猥褻照片犯行，辯稱：伊未曾登入「○○○網路聊天室」，亦未引誘或脅迫甲女自行拍攝猥褻照片傳送予伊，伊不認識甲女，「000000000」雅虎即時通帳號並非伊所申請使用，不知該帳號為何會使用伊家裡所申用之IP 位址「00.000.000.00」云云。另辯

護人為上訴人辯護稱：依據以下理由可知上訴人係遭駭客入侵家中電腦盜用IP，或有可能遭有心人士利用微軟視窗作業系統內建之遠端桌面連線程式遙控上訴人所使用之電腦與甲女進行對話，上訴人實非引誘、脅迫甲女拍攝猥褻照片之「0000000000」帳號使用人等語：(一)上訴人與兄姊同住，平日在家中利用IP分享器共用其兄吳○○向中嘉寬頻股份有限公司所申設之IP位址「00.000.000.00」連接網路使用，故有五組網路可使用，其中四組為有線網路、一組為無線網路，IP位址均為「00.000.000.00」，又上開網路金鑰設定為吳○○之行動電話號碼00000000000號，多年未曾更換，並可自中嘉寬頻股份有限公司之客戶登記資料取得前揭吳○○之行動電話號碼資訊，駭客可輕易猜中密碼而盜用上訴人家中網路。(二)雅虎即時通帳號「0000000000」使用人於本案發生前後之一○○年七月六日至同年九月九日，以IP位址「00.000.000.00」登入之時點，與上訴人自身所使用之雅虎即時通帳號「0000000000」以同一IP位址登入時點多所重疊，而一台電腦無法同時以二帳號登入雅虎即時通，足認係他人利用另一台電腦盜用上訴人家中IP登入雅虎即時通。(三)依卷附資料顯示，雅虎即時通帳號「0000000000」使用人，於一○○年七月二十一日七時七分二十五秒及同日七時七分三十秒，竟分別自「00.000.000.00」、「000.000.0.00」二不同之IP位址登入雅虎即時通，若非係電腦駭客遠端操作，焉能於短短五秒不到時間，自二不同之IP位址登入雅虎即時通？(四)雅虎即時通帳號「0000000000」使用人所註冊之奇摩即時通IP位址為「000.000.00.000」，且該帳號使用人於一○○年三至五月間曾密集以IP位址「000.000.0.000」、「000.00.0.000」、「000.00.0.000」登入網路，而前揭IP位址「000.000.00.000」、「000.000.0.000」、「000.00.0.000」、「000.00.0.000」均與上訴人無任何關聯，益見上訴人實係遭駭客盜用家中IP位址。(五)雅虎即時通帳號「0000000000」使用人曾以甲女之行動電話號碼申請「000 遊戲歡樂城」網站會員帳號，且經上訴人之兄吳○○測試結果，「000 遊戲歡樂城」軟體經下載後，該遊戲程式軟體無法以正常方式移除（提出原審卷第三十七至五十五頁所示「000 遊戲歡樂城」遊戲軟體於電腦執行安裝及移除照片），而上訴人所使用之電腦內經鑑定結果並未有該相關程式軟體，足認上訴人未曾下載「000 遊戲歡樂城」軟體，亦非以甲女行動電話號碼申請該網站會員之人。(六)依據台灣微軟股份有限公司覆函所示，如持有特定電腦之IP位置、使用者帳戶及密碼即可開啟遠端桌面連線程式操控或存取特定電腦，而依上訴人之兄吳○○於原審之證詞，可知上訴人所使用之電腦僅設有簡易之使用者名稱與密碼（密碼為0000或0000），加上上訴人家中之網路金鑰亦久未更換，故不無係他人利用該遠端連線功能而遠端操控上訴人所使用之電腦登入帳號「0000000000」而對甲女為引誘、脅迫拍攝猥褻照片並進行存取之可能。又依理泓資訊有限公司一〇一年七月三日函覆資料可知，上訴人所使用之「00.0 00.000.00」IP位址，曾多次遭「噴水」之年籍不詳者

冒用申請為「000 遊戲歡樂城」之會員，且各該次留存之行動電話號碼均與上訴人無關，上訴人電腦亦未曾使用該等雅虎電子郵件信箱帳號，上開遊戲帳號是否係由他人假借上訴人家中IP上網登錄者，即非無疑，足證上訴人所使用之「00.000.000.00」IP位址，確曾遭「000000000」帳號使用人，以遠端遙控之方式盜用，而為本件犯行云云。經綜合調查證據之結果，認不可採，已在判決內詳予指駁，並說明其理由。所為論述，核與卷證資料相符，從形式上觀察，並無違背法令之情形。

三、按認事採證、證據之取捨及證據證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，苟無違背證據法則，自不能指為違法。原判決已說明，上訴人提出之電腦主機，經法務部調查局鑑定結果，如何可知雅虎即時通「000000000」帳號使用人，係利用上訴人家中所申用之IP位址，且係利用上訴人於一〇〇年六、七月間所使用之扣案電腦，連接網路與甲女進行對話，以引誘、脅迫甲女製造猥褻照片，而該扣案電腦，並無遭植入木馬程式遠端控制使用或盜用IP之情形。又經法務部調查局鑑定結果，顯示如何可在同一電腦上同時開啟兩個雅虎奇摩即時通程式，而以不同帳號登入。再經向香港商雅虎資訊股份有限公司台灣分公司、中嘉寬頻股份有限公司函詢結果，如何可見上訴人所使用之IP位址「00.000.000.00」，確無遭盜用之跡象。另雖「000.000.00.000」IP位址之紀錄，已逾六個月保存期限，現已無法查詢用戶資料，然衡諸一般使用電腦上網之常情，未必皆使用家中固定之電腦或網址，如何難據「000000000」帳號於九十六年間所顯示登錄之IP位址為「000.000.00.000」，即推論本件犯行均屬駭客所為。再依台灣微軟股份有限公司函覆，如何可推知除非係上訴人熟識之親友，否則一般外人應難以輕易以遠端連線方式遙控上訴人電腦所須具備之資訊（IP位址、使用者帳號及密碼）內容。經綜合判斷上開各情，如何可見上訴人質疑其所使用之電腦有可能遭人以遠端桌面連線程式遙控云云，尚屬無據。證人即上訴人之兄吳〇〇於第一審審理時證稱：伊為上訴人安裝視窗作業系統時會幫上訴人設定0000或0000等簡單之數字名稱、帳號，伊認為伊之網路金鑰及上開密碼應不難取得，伊以前亦曾為測試而遠端遙控上訴人之電腦等語，如何僅係吳〇〇個人猜測之詞，無從採為有利於上訴人之認定。原判決俱依卷內證據資料，逐一審認、論駁，其推理論斷衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，亦無上訴意旨所指之違法情形。

四、上訴人所辯利用甲女以「自拍」之方式而製造猥褻之照片，不符合兒童及少年性交易防制條例第二十七條第三項、第四項之要件云云，然依上開條文之文義解釋觀之，被引誘或被脅迫之該未滿十八歲之人究以何種方式完成製造該性交或猥褻行為為內容之物品，並非所問，本件甲女以自拍方式而製造猥褻照片，及上訴人於翌日另脅迫甲女以自拍方式製造猥褻照片之行為，均與上開法條所規定之「製造」要件並無不合。上訴人上開辯解，如何顯有誤會等理由，原判決亦詳加說明。再上訴人於一〇〇年七月

七日要求甲女重拍之前，如何無法預料甲女會予以拒絕，如何可見其所為脅迫散布猥褻照片以逼迫甲女屈從之行為，應係臨時另行起意而為，其此部分犯行與一〇〇年七月六日之犯行，如何於時間上可得區分，行為上亦可獨立成罪，且構成要件不同，尚無接續犯適用之餘地，因不採上訴人所辯，而予分論併罰。原判決所為裁量、判斷，及法則之適用，洵無違誤，亦無上訴意旨所指之違法情形。

五、第三審為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據而資為第三審上訴之理由。上訴人於原審未曾爭執法務部調查局所鑑定之雅虎奇摩即時通程式有何版本不同之問題，於原審審理程序時，就審判長提示該法務部調查局一〇二年一月二十九日調資伍字第〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇號函檢送之鑑定報告，詢問當事人、辯護人有何意見時，上訴人、辯護人均稱沒有意見。就審判長詢問尚有何證據請求調查時，其等亦均稱：沒有。有審判筆錄可憑（見原審卷第一〇九至一一〇頁反面）。上訴人於第三審上訴始為此抗辯，自不能認係合法之第三審上訴理由。上訴人上訴意旨，核係對原審取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使及原判決理由已經說明之事項，再為事實上之爭辯，徒以自己之說詞，泛指其為違法，皆非適法之第三審上訴理由，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三 年 八 月 七 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 黃 正 興

法官 張 春 福

法官 吳 信 銘

法官 林 英 志

法官 許 錦 印

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇三 年 八 月 十五 日

E