

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

111年度上訴字第1195號

上訴人

即被告 林珈鋒

選任辯護人 陳宏哲律師(法扶律師)

上列上訴人因兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣高雄地方法院111年度訴字第356號，中華民國111年10月28日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署110年度偵字第10766號、第17951號），提起上訴，本院判決如下：

主文

原判決撤銷。

林珈鋒犯如附表三所示之貳罪，各處如附表三「主文」欄所示之刑及沒收。應執行有期徒刑貳年陸月。

事實

一、林珈鋒於民國109年10月間某日，在社群網站Facebook（下稱臉書）、Instagram（下稱IG）、通訊軟體LINE，分別使用暱稱「班長」、「taidixiong29」、「熊熊」結識代號AB000-Z000000000號之女子（98年3月生，真實姓名年籍均詳卷，下稱A女），並以男女朋友互稱，A女雖係未滿12歲，惟告知林珈鋒為14歲，林珈鋒主觀上認A女為未滿16歲之女子，竟分別為下列行為：

(一)基於引誘使少年製造猥褻行為電子訊號之犯意，於109年12月13日至同年月20日間（起訴書記載為109年12月15日，業經檢察官當庭更正），在其當時位於高雄市○○區○○路000號居所，接續使用裝設在其所有如附表一所示手機內之IG、LINE應用程式與A女聯絡，且傳送「老婆能錄妳自慰嘛我也愛妳」、「問妳…妳是不是都在自慰??」、「那妳傳幾張吧」等訊息，勸導A女自行持手機陸續拍攝裸露胸部、陰部及以手指或小黃瓜自慰等猥褻行為之數位影像，A女遂於

01 附表二所示時、地，製造如附表二所示之猥褻行為數位照
02 片、影片（內容及數量詳如附表二所示），並傳送至附表一
03 所示手機內之IG、LINE應用程式供林珈鋒觀看，而以此方式
04 引誘少年A女製造猥褻行為之電子訊號。

05 (二)因與A女感情生變，另基於散布少年為猥褻行為之電子訊號
06 之犯意，於109年12月16日至同年月31日間，在不詳地點，
07 藉由附表一所示手機，以臉書暱稱「班長」帳號，將上開A
08 女製造之猥褻行為數位照片、影片等電子訊號，接續透過臉
09 書Messenger通訊軟體傳送予臉書暱稱「黃宇軒」、「何
10 羽」、「文樂」等人而供人觀覽。嗣因A女發現其上開猥褻
11 行為電子訊號遭散布後報警處理，且經警持搜索票至上址搜
12 索並扣得附表一所示手機，始循線查悉上情。

13 二、案經A女訴由臺中市政府警察局東勢分局報告臺灣高雄地方
14 檢察署檢察官偵查起訴。

15 理 由

16 一、證據能力：

17 按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159
18 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
19 為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認
20 為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第第159條之5第1項定
21 有明文。查本判決所引用屬於傳聞證據之部分，均已依法踐
22 行調查證據程序，且檢察官、上訴人即被告林珈鋒（下稱被
23 告）及辯護人於本院審理時，均明示同意有證據能力（見本
24 院上訴卷第181頁），本院審酌該等證據作成時情況，並無
25 違法取證之瑕疵，且無顯不可信之情形，復與待證事實俱關
26 聯性，以之作為證據應屬適當，自均有證據能力。

27 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

28 (一)上揭事實，業據被告於警偵訊、原審及本院坦承不諱（見警
29 卷第7至14頁、偵二卷第123至127頁、原審卷第101、111至1
30 12頁、本院卷第180頁），核與證人即告訴人A女於警詢時之
31 證詞大致相符（警卷第97至107頁），並有搜索扣押筆錄、

01 扣押物品目錄表、扣押物品收據、扣押物品清單及扣押物品
02 照片（見警卷第17至23頁、偵二卷第213、225頁）、被告臉
03 書暱稱「班長」帳號頁面及貼文翻拍照片、使用IP位址查詢
04 資料（見警卷第113至115、139至179頁）、被告LINE暱稱
05 「熊熊」帳號翻拍照片（見警卷第117、187頁）、被告IG暱
06 稱「taidixiong29」帳號頁面翻拍照片（見警卷第119
07 頁）、附表一所示手機門號之通聯調閱查詢單（見偵一卷第
08 109至113頁）、附表一所示手機內容翻拍照片（見警卷第41
09 至47頁）、附表一所示手機110年12月27日偵查報告（見偵
10 二卷第153至159頁）、臉書暱稱「文樂」帳號頁面及貼文翻
11 拍照片（見偵二卷第199至201頁）、告訴人之代號與真實姓
12 名對照表（詳彌封卷）、告訴人受被告引誘而拍攝如附表二
13 所示猥褻行為數位照片、影片在卷可稽，且有扣案如附表一
14 所示手機可佐，足證被告前揭任意性自白與事實相符，堪可
15 採信。從而，本案事證明確，被告上開犯行洵堪認定。

16 (二)依兒童及少年福利與權益保障法第2條所定，兒童係指未滿1
17 2歲之人；少年係指12歲以上未滿18歲之人。被害人A女係98
18 年3月生，業如前述，則其於行為時係兒童，固堪認定。然
19 行為人如對於構成要件事實認識錯誤，且所犯重於所知，依
20 「所犯重於所知，從其所知」之法理，應從其所知。如後所
21 述，本件被告係犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第2
22 項、第38條第1項之罪，而該罪係以兒童或少年為犯罪構成
23 要件事實，則行為人對於犯罪之對像究係兒童或少年，主觀
24 上須有所認識，且兒童之心智年齡、成熟度，判斷力、自我
25 保護能力及性隱私之自主決定意思低於少年，受侵害法益之
26 不法內涵較高，亦影響於刑罰之裁量。本件被告於檢察官偵
27 查中供稱：「（你知道被害人幾歲？）知道，14歲。」、
28 「（被害人跟你講13還是14？）14」等語（見偵查二卷第1
29 24頁），是被告所知顯然輕於所犯，自應依所知，認定被告
30 係對少年為上開犯行。

31 三、論罪的理由：

01 (一)按刑法所指之「猥褻行為」，係指除性交以外，行為人主觀
02 上有滿足自己性（色）慾之意念，而在客觀上施行足以誘起
03 他人性（色）慾之舉動或行為者，即足以當之。換言之，行
04 為人基於滿足個人性慾之主觀意念，所為性交以外之舉動或
05 行為，依一般社會通念，認為足以引起、滿足或發洩性慾之
06 方法或手段等一切情色行為，均屬刑法上所稱之猥褻行為
07 （最高法院109年度台上字第1802號刑事判決意旨參照）。
08 兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之罪，其構成要件
09 將「被拍攝」、「製造」並列，並未限定其方式，自不以他
10 製為必要，更與是否大量製造無關；是以，祇須所製之圖畫
11 等物品，係顯示該未滿18歲之被害人本人為性交或猥褻行為
12 之圖、像等內容者，即足當之。而自行拍攝照片或影片，係
13 屬創造照片或影片之行為，應在該條項所稱「製造」之範疇
14 內（最高法院105年度台上字第2025號刑事判決意旨參
15 照）。

16 (二)本件告訴人A女與被告交談過程中，本無拍攝或傳送自身猥
17 褻行為之電子訊號予被告之意，係因被告反覆勸導，告訴人
18 始依其指示製造如附表二所示之數位照片、影片等電子訊號
19 並傳送予被告觀覽；另上開數位影像電子訊號所含之告訴人
20 裸露胸部、陰部及以手指或小黃瓜自慰等內容，依社會一般
21 通念，客觀上均足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞
22 恥或厭惡感，而侵害性的道德感情，有礙於社會善良風俗，
23 要屬猥褻行為無訛。核被告就事實一(一)所為於行為時，係犯
24 兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之引誘使少年製造
25 猥褻行為之電子訊號罪；就事實一(二)所為於行為時，係犯同
26 條例第38條第1項之散布少年為猥褻行為之電子訊號罪。

27 (三)本件被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項
28 於112年2月15日修正公布，於同年月17日施行，將修正前
29 「招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年
30 被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、
31 光碟、電子訊號或其他物品，處3年以上7年以下有期徒刑，

01 得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」之規定，修正為「招
02 募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍
03 攝、自行拍攝、製造性影像、與性相關而客觀上足以引起性
04 慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處3年以上10年以下有
05 期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」。修正理由係
06 以故第2項未將「自行拍攝」明文列為犯罪行為類型之一，
07 實務上已透過擴大解釋方式，將「製造」行為之文義擴及
08 「使兒童或少年自行拍攝之行為」，不致產生法律適用上漏
09 洞。考量「自行拍攝」之相對概念是「被（他人）拍攝」，
10 二者均得以擴大「製造」行為文義解釋範圍予以涵蓋，第2
11 項既將使兒童或少年被拍攝之行為獨立於「製造」之概念之
12 外，體系上亦有將使兒童或少年「自行拍攝」之行為，從
13 「製造」概念獨立之必要，爰為臻明確等語，依立法說明，
14 僅係文字修正，則經比較新舊法之結果，行為後之法律並無
15 較有利於被告，依刑法第2條第1項規定，就被告所犯此部分
16 犯行，自應適用其行為時即修正前之規定為論罪科刑。

17 (四)同法第38條第1項部分：修正前兒童及少年性剝削防制條例
18 第38條第1項原規定：「散布、播送或販賣兒童或少年為性
19 交、猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號
20 或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處
21 3年以下有期徒刑，得併科新臺幣500萬元以下罰金。」修正
22 後規定：除文字作部分修正後巷，法定刑修正為「處1年以
23 上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。」關
24 於法定刑度部分，由原規定「3年以下有期徒刑，得併科新
25 臺幣5百萬元以下罰金」提高至「1年以上7年以下有期徒
26 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金」，比較新舊法，新法
27 提高對行為人之刑罰，自以舊法對被告較為有利，依刑法第
28 2條第1項前段規定，亦應適用修正前兒童及少年性剝削防制
29 條例第38條第1項規定為論罪科刑。

30 (五)被告雖有先後引誘告訴人製造上開猥褻行為電子訊號、並分
31 次傳送前揭電子訊號供人觀覽之行為，惟被告主觀上就事實

01 一(一)、(二)部分各係基於同一犯意而為，且客觀上分別係於密
02 切接近之時、地實行，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社
03 會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價
04 上，應視為數個舉動之接續施行，而各以一罪論，較為合
05 理。至被告傳送上開猥褻影像之行為，雖同時觸犯刑法第23
06 5條第1項之散布猥褻影像罪，惟兒童及少年性剝削防制條例
07 第38條第1項為刑法第235條第1項之特別法，二者為法規競
08 合關係，基於特別法優於普通法之原則，自毋庸再論以散布
09 猥褻影像罪，公訴意旨認係想像競合關係，亦有誤會；且兒
10 童及少年性剝削防制條例第36條第2項、第38條第1項之規
11 定，均屬對被害人為兒童或少年之特別處罰規定，依兒童及
12 少年福利與權益保障法第112條第1項但書規定，亦無須依同
13 條項前段規定加重其刑，均附此敘明。另被告所犯上開引誘
14 使少年製造猥褻行為之電子訊號罪、散布少年為猥褻行為之
15 電子訊號罪，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。

16 四、按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌
17 量減輕其刑，刑法第59條定有明文。查被告就事實一、(一)所
18 犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之引誘使兒童製
19 造猥褻行為之電子訊號罪，法定刑為3年以上、7年以下有期
20 徒刑，然同為誘使兒童製造猥褻行為電子訊號者，其原因動
21 機不一，犯罪情節亦未必盡同，造成危害社會之程度自屬有
22 異，法律科處此類犯罪，所設之法定最低本刑卻同為「3年
23 以上有期徒刑」，不可謂不重。本院審酌被告於行為時年僅
24 19歲，並與告訴人以男女朋友互稱，且被告要求告訴人傳送
25 之猥褻行為電子訊號數量非鉅，況被告犯後始終坦承犯行，
26 足認其能坦然面對過錯，尚有悔意，且被害人於本院審理時
27 已表示被告尚屬年少，願意原諒被告等語（見本院卷第191
28 頁），依被告犯罪情狀，認縱科以兒童及少年性剝削防制條
29 例第36條第2項之最低度刑，仍難謂無情輕法重之憾，衡情
30 不無可憫，爰依刑法第59條規定，就事實一(一)部分酌量減輕
31 其刑。檢察官雖認本件並無上開規定之適用，然檢察官對原

01 判決並未聲明不服，僅於被告向本院提起上訴時為上開主
02 張，自難謂可採。

03 五、本院之判斷：

04 (一)原審據以論罪科刑，固非無見，惟如前所述，被告不知被害
05 人A女係兒童，原判決認定被告知悉係A女係兒童，尚有未
06 洽；再者，被告於本院審理期間業已與被害人A女之法定代
07 理人達成和解，賠償部分損害，並獲得原諒，有和解書在卷
08 可憑，被害人A女之法定代理人亦於本院審理中請求給被告
09 一次機會（見本院卷第193、199頁），原判決未及審酌亦有
10 未洽。被告上訴意旨執上開事由，指摘原判決不當，為有理
11 由，自應由本院將原判決撤銷改判。

12 (二)爰審酌被告犯罪之動機除為滿足自己慾望外，另事後復逕自
13 散布該猥褻行為電子訊號於社群網站供他人觀覽，嚴重侵害
14 告訴人之身心健全發展，前於109年7月間即因涉犯相似案件
15 遭新北市政府警察局中和分局移送偵辦，有該分局移送報告
16 書可佐（見原審聲搜卷第119至123頁），是本案量刑不宜過
17 輕，惟念其犯後自警詢於始即坦承犯行，且獲得被害人之諒
18 解及賠償部分之損害、犯罪手段尚非嚴重、製造及散佈之照
19 片、影片數量非大，及自陳高職畢業之智識程度，有輕度身
20 心障礙，現為中低收入戶，擔任牛排館服務生，月薪新臺幣
21 2萬多元，未婚無子女，須扶養外婆之家庭經濟狀況等一切
22 情狀（見本院卷第189頁），分別量處如主文所示之刑。另
23 斟酌被告為上開犯行之時間集中，侵害性質相同之法益、次
24 數，所犯數罪反應出之人格特性及整體犯罪非難評價等總體
25 情狀，諭知如主文所示之應執行刑。

26 六、沒收部分：

27 (一)扣案如附表一所示手機為被告所有，且係供其作為本案聯繫
28 告訴人及接收並傳送如附表二所示猥褻行為電子訊號之用等
29 情，業經本院認定如前，爰依刑法第38條第2項前段規定，
30 附隨於被告所犯各次罪刑項下宣告沒收。另前揭手機內儲存
31 有附表二所示猥褻行為數位影像等情，雖經被告坦認在卷

01 (見警卷第13頁)，並有上開偵查報告可參(見偵二卷第15
02 3至159頁)，惟附表一所示手機既經本院宣告沒收，則原儲
03 存於該手機內如附表二所示之猥褻行為電子訊號即失所附
04 麗，而無須再予單獨重覆宣告沒收。

05 (二)兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項至第4項之物品，不
06 問屬於犯罪行為人與否，沒收之；查獲之兒童及少年性剝削
07 防制條例第38條第1項、第2項物品，不問屬於犯罪行為人與
08 否，沒收之，同條例第36條第6項、第38條第3項分別定有明
09 定。又對照刑法針對散布猥褻物品罪之沒收規定(刑法第23
10 5條第3項)，其標的包括「文字、圖畫、聲音或影像之附著
11 物」及「物品」一節觀之，依體系解釋，兒童及少年性剝削
12 防制條例第36條第6項、第38條第3項所稱之「物品」，應係
13 指同條例第36條第1項至第4項、第38條第1項至第2項所規範
14 為猥褻或性交行為之物品(即圖畫、照片、影片、影帶、光
15 碟、電子訊號或其他物品)本身，亦即本案中義務沒收之標
16 的應僅為數位照片、影片之電子訊號，而非該照片、影片所
17 存在之載具。被告固於警詢時供稱僅扣案如附表一所示手機
18 中存有附表二所示之電子訊號等語(警卷第13頁)，惟告訴
19 人係經由社群網站IG、通訊軟體LINE傳送附表二所示電子訊
20 號予被告觀看，且被告亦係藉由通訊軟體Messenger傳送該
21 電子訊號予事實一、(二)所示之人均如前述，則前揭電子訊號
22 顯然仍留存於上開社群網站或通訊軟體之雲端伺服器中而未
23 據扣案，本院考量該等電子訊號性質本易於散布、複製、儲
24 存、轉載，復無積極證據足資佐證本案電子訊號均已滅失之
25 情形下，本於上揭條文保護兒童之立法意旨，不問屬於犯罪
26 行為人與否，仍應分別依前開規定，於被告所犯各罪主文項
27 下依法宣告沒收。至卷附含有附表二所示內容之列印資料，
28 乃告訴人基於訴訟需要予以列印保存之證據資料，爰不予宣
29 告沒收，併此指明。

30 據上論結，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第
31 299條第1項前段，判決如主文。

01 本案經檢察官陳建烈提起公訴，檢察官呂幸玲到庭執行職務。
02 中 華 民 國 112 年 5 月 4 日
03 刑事第四庭 審判長法官 黃建榮
04 法官 陳君杰
05 法官 李嘉興

06 以上正本證明與原本無異。
07 如不服本判決附表三編號1部分，應於收受本判決後20日內向本
08 院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日
09 內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切
10 勿逕送上級法院」；附表三編號2部分不得上訴。

11 中 華 民 國 112 年 5 月 4 日
12 書記官 賴梅琴

13 附表一：

扣案物品名稱及數量	
OPPO R17 手機1支（含門號0000000000號SIM卡1張；IMEI：0000000000000000、0000000000000000）	

15 附表二：

編號	拍攝時間、地點	猥褻物品內容	證據出處
1	A女於109年12月13日23時15分許，在臺中市石岡區家中拍攝。	A女以手指撥開生殖器兩側陰唇之數位照片1張	彌封警卷第121頁左上方
2	同上	A女裸露生殖器之數位照片1張	彌封警卷第121頁右上方
3	同上	A女裸露胸部之數位照片1張	彌封警卷第121頁下方

4	A女於109年12月15日某時，在臺中市石岡區家中拍攝。	A女以小黃瓜插入生殖器之數位影片1段	彌封警卷第123頁上方
5	A女於109年12月13日至同年月20日間之某時，在臺中市石岡區家中拍攝。	A女以手指撥開生殖器兩側陰唇之數位照片1張	彌封警卷第123頁左下方
6	同上	A女以手指撥開生殖器兩側陰唇之數位照片1張	彌封警卷第123頁右下方
7	同上	A女以手指撫摸生殖器之數位影片1段	彌封警卷第125頁上方
8	同上	A女以手指插入生殖器之數位影片1段	彌封警卷第125頁下方
9	同上	A女以手指插入生殖器之數位影片1段	彌封警卷第127頁上方
10	同上	A女以手指插入生殖器之數位影片1段	彌封警卷第127頁下方

附表三：

編號	犯罪事實	主文
1	事實一、(一)	林珈鋒犯引誘使少年製造猥褻行為之電子訊號罪，處有期徒刑貳年壹月。扣案如附表一所示手

01

		機沒收；未扣案如附表二所示猥褻行為電子訊號均沒收。
2	事實一、(二)	林珈鋒犯散布少年為猥褻行為之電子訊號罪，處有期徒刑柒月。扣案如附表一所示手機沒收；未扣案如附表二所示猥褻行為電子訊號均沒收。

02 附錄本判決論罪科刑法條：

03 修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項

04 招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍
05 攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電
06 子訊號或其他物品，處3年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣
07 3百萬元以下罰金。

08 修正前兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項

09 散布、播送或販賣兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫、照片、
10 影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，或公然陳列，或以他
11 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
12 元以下罰金。