

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

113年度上訴字第169號

上訴人 臺灣澎湖地方檢察署檢察官

上訴人

即被告 陳永恩 民國00年0月0日生

指定辯護人 公設辯護人張寅煥

上列上訴人因兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣澎湖地方法院112年度訴字第30號中華民國113年1月17日第一審判決（起訴案號：臺灣澎湖地方檢察署112年度偵字第264、291、409號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、甲○○於民國110年7月間與甲女（代號BU000-Z000000000暨BU000-K112003，00年0月間出生，本件犯罪時係未滿18歲之少年，依兒童及少年福利與權益保障法第69條不得揭露其身分相關資訊）相識，且兩人自同年7月間起至111年3月上旬止曾為男女朋友，甲○○亦明知甲女於下列時日係未滿18歲之少年，仍分別實施下列犯行：

(一)基於引誘使少年製造猥褻行為電子訊號（原審誤載為性影像）之犯意，接續於112年1月28日22時24分許及翌日（即29日）0時2分許在澎湖縣○○市○○里00號住處（下稱前開住處），使用臉書帳號「Xu Xing Xing」以「Messenger」軟體聯繫甲女並引誘其拍攝自慰過程，甲女遂應甲○○邀求自行拍攝並傳送個人自慰影片之電子訊號予其接收並觀覽（即起訴書犯罪事實一-(一)(二)）。

(二)另基於引誘使少年製造猥褻行為電子訊號（原審誤載為性影像）之犯意，於112年2月2日5時54分許在前開住處，使用社

01 群網站「Instagram」帳號「Xia Haishan」傳送訊息引誘甲
02 女拍攝個人胸部照片，甲女亦應甲○○要求自行拍攝並傳送
03 自己胸部照片之電子訊號予其接收並觀覽（即起訴書犯罪事
04 實一(三)）。

05 (三)又基於成年人故意對少年跟蹤騷擾之犯意，自112年1月29日
06 起至同年2月10日止，分別以「0000000000」、「000000000
07 0」、「0000000000」行動電話門號撥打數十通電話予甲女
08 及其父親（代號BU000-Z000000000A暨BU000-K112003A，年
09 籍姓名詳卷，下稱乙男），向其2人陳述甲女另與他人發生
10 性行為之事，以此方式反覆騷擾甲女使之心生畏怖足以影響
11 日常生活或社會活動（即起訴書犯罪事實一(五)）。嗣經甲女
12 報警循線查悉上情，並為警扣得甲○○所有供實施上述犯行
13 之平板電腦1台及行動電話2支。

14 二、案經甲女、乙男訴由澎湖縣政府警察局馬公分局報請臺灣澎
15 湖地方檢察署檢察官偵查起訴。

16 理 由

17 壹、程序部分

18 一、上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑
19 事訴訟法第348條第3項定有明文。本件茲據辯護人依上訴
20 人即被告甲○○（下稱被告）之意思明示前開犯罪事實一
21 (一)(二)係全部上訴及一(三)僅針對量刑提起上訴（本院卷第1
22 3、104、152、193頁），另由檢察官聲明對原審判決無罪
23 部分（即起訴書犯罪事實一(四)）提起上訴。是依前開規定
24 除犯罪事實一(一)(二)暨檢察官上訴部分外，本院關於犯罪事
25 實一(三)僅就原審判決其中量刑是否妥適進行審理（其餘部
26 分則非本案審理範圍）。

27 二、又被告前經依法傳喚始終未到庭，亦未提出相關證明，尚
28 難認有不到庭之正當理由，故其既經合法傳喚無正當理由
29 不到庭，爰依刑事訴訟法第371條規定不待其陳述逕行判
30 決。

31 三、關於證據能力之意見

01 本判決所引用各項被告以外之人審判外言詞或書面陳述，
02 性質上雖屬傳聞證據，但審酌此等陳述作成時之外部情況
03 俱無不當，且檢察官、被告暨辯護人明知同法第159條第1
04 項不得作為證據之情形，除其中檢察官、辯護人在準備程
05 序均同意有證據能力（本院卷第106頁），且於本案言詞
06 辯論終結前未聲明異議外，被告則未於審判期日到庭聲明
07 異議，復經本院依法調查乃認作為證據應屬適當，依刑事
08 訴訟法第159條之5規定自得採為認定事實之證據。

09 貳、全部上訴有罪（即犯罪事實一(一)(二)）部分

10 一、認定有罪之理由

11 前揭犯罪事實一(一)(二)業經告訴人甲女警偵證述屬實，並有
12 訊息翻拍照片（聲搜卷第45、49頁）、甲女所傳送自慰影
13 片截圖及胸部照片（彌封資料內）在卷可稽，另扣得上述
14 被告所有平板電腦1台及行動電話2支為證，復據被告坦認
15 不諱，此部分事實俱堪採認。至本件被告應適用112年2月
16 15日修正前兒童及少年性剝削防制條例（下稱兒少性剝削
17 條例）第36條第2項規定論罪（詳後述），又該規定關於
18 行為客體乃規定「性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、
19 影帶、光碟、電子訊號或其他物品」，故原審判決其中犯
20 罪事實誤依第1次修正後條文內容記載為「性影像」，容
21 有疏誤，應由本院逕予更正為當。故本件事證明確，被告
22 犯行堪以認定，應依法論科。

23 二、新舊法比較

24 刑法第2條第1項係規範行為後法律有變更時，所生新舊法
25 律比較適用之準據法，而基於罪刑法定主義及法律不溯及
26 既往原則，必犯罪之行為事實，於行為時法、裁判時法
27 （包括中間法）均與處罰規定之犯罪構成要件該當，始有
28 依刑法第2條第1項就行為時法、裁判時法（包括中間法）
29 為比較，以定適用其中有利於行為人法律之餘地（最高法
30 院95年度台上字第5307號判決意旨參照）。查兒少性剝削
31 條例第36條第2項原規定「招募、引誘、容留、媒介、協

助或以他法，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，處3年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣300萬元以下罰金」，嗣於112年2月15日修正（同月17日生效，下稱第1次修正）為「招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣300萬元以下罰金」，復於113年8月7日（同月9日生效）再修正為「招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣300萬元以下罰金」，其中構成要件暨法律效果俱有變更，但被告引誘甲女自行拍攝猥褻行為影片（電子訊號）之舉無論修正前後均成立本罪，茲就上述各次修正前後法律效果加以比較，當以第1次修正前第36條第2項規定較為有利，應以此作為論罪依據。

三、論罪

核被告就犯罪事實一(一)(二)所為，均係犯第1次修正前兒少性剝削條例第36條第2項引誘使少年製造猥褻行為電子訊號罪。又其就犯罪事實一(一)係在密切接近之時地先後實施上述犯行，各行為間獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念在時間差距上難以強行分開，客觀上足認係單一行為之多次舉動，主觀上亦屬基於單一犯意所為，應包括於一行為評價為接續犯論以一罪。至犯罪事實一(一)(二)犯罪時間乃相隔數日，犯罪方式即被告所使用社群網站暨帳號亦有不同，尚難逕認係基於同一犯意所為而各具獨立性，應予分論併罰為當，故辯護人迭次主張應就犯罪事實一(一)(二)併論以接續犯云云，尚非可採。

參、無罪（即起訴書犯罪事實一(四)）部分

01 一、公訴意旨另以：被告於112年2月9日14時8分許在前開住
02 處，基於交付少年性影像之犯意，以臉書帳號「Chen Yon
03 gen」使用「Messenger」軟體私訊甲女胞弟（代號BU000-
04 S00000000B，下稱丙男），將甲女就犯罪事實一(一)所拍攝
05 自慰影片製作6張其自慰之擷圖（合成1個影像檔案，下稱
06 前開檔案），透過「Messenger」軟體傳送丙男接收，因
07 認此舉另涉犯第1次修正前兒少性剝削條例第38條第1項之
08 以他法供人觀覽少年性影像罪，另提起上訴補充主張被告
09 上述重製甲女猥褻電子訊號之行為應同時構成第1次修正
10 前同條例第36條第1項製造少年為猥褻行為之電子訊號罪
11 （製造少年性影像罪）云云。

12 二、犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實；
13 又不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法
14 第154條第2項及第301條第1項定有明文。所謂證據，係指
15 足以認定被告確有犯罪行為之積極證據而言，該項證據自
16 須適合於被告犯罪事實之認定，始得採為斷罪資料。苟積
17 極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被
18 告之認定，更不必有何有利之證據（最高法院29年上字第
19 3105號、30年上字第816號判決先例採同一見解）。

20 三、檢察官認被告涉有前開罪嫌，係以丙男警詢證述及其與被
21 告間通訊軟體對話紀錄為論據，且被告亦坦認此情不諱。
22 惟辯護人則以被告僅將前開檔案傳送予丙男觀覽，不符合
23 兒少性剝削條例第38條第1項處罰目的；且被告僅係將原
24 本甲女自慰影片加以截圖合為前開檔案，亦不構成製造少
25 年為猥褻行為之電子訊號罪等語為其辯護。

26 四、本院之判斷

27 (一)兒少性剝削條例第36條之罪所稱「製造」雖未具體限定方
28 式，且不以他製為必要，更與是否大量製造無關，祇須所
29 製造客體內容係顯示被害人性交、猥褻或與性相關而客觀
30 上足以引起性慾或羞恥者，即屬之，故解釋上包括自行拍
31 攝照（影）片之情形。然參以被告係先引誘甲女拍攝個人

01 自慰影片、經甲女傳送而取得電子訊號後（即前揭有罪部
02 分犯罪事實一(一)），繼而將該影片部分內容截圖合併為前
03 開檔案，此舉性質上僅係單純針對原本影像（電子訊號）
04 內容加以利用，要未變更原有性質或另行創造甲女其他相
05 關性影像，況若被告逕將原本完整影像檔案傳送予丙男僅
06 成立同條例第38條第1項之罪（第1次修正前法定刑為「3
07 年以下有期徒刑，得併科新臺幣500萬元以下罰金」），
08 但擷取部分內容再行傳送反將成立較重之同條例第36條第
09 1項之罪（第1次修正前法定刑為「1年以上7年以下有期徒刑，
10 得併科新臺幣100萬元以下罰金」），兩者法律適用
11 顯屬失衡，故被告此舉當無由另成立第1次修正前同條例
12 第36條第1項製造少年為猥褻行為之電子訊號（製造性影
13 像）罪。

14 (二)其次，兒少性剝削條例第38條第1項構成要件行為態樣之
15 散布、播送、販賣、公然陳列或以他法供人觀覽、聽聞，
16 核與刑法第235條散佈猥褻物品罪結構相同，而對於刑法
17 第235條之解釋，因該罪乃屬侵害社會法益善良風俗之
18 罪，其中散布、販賣、公然陳列，乃例示規定，均屬供他
19 人觀覽方法之一，但供人觀覽之方法，實不以上開三種為
20 限，故又以他法供人觀覽之補充概括規定加以規範。所謂
21 公然陳列者，指陳列於不特定人或特定多數人得以共見共
22 聞之公然狀態，而散布者，乃散發傳布於公眾之意，販賣
23 行為，亦足以流傳於眾，多係對不特定人或特定多數人為
24 之，考其立法目的，以此等行為，使猥褻物品流傳於社會
25 公眾，足以助長淫風，破壞社會善良風俗，其可罰性甚為
26 顯著，此與猥褻物品僅供己或僅供極少數特定人觀覽，未
27 達危害社會秩序而屬個人自由權限範疇之情形有別，故設
28 刑罰規定，以資禁制，從而本罪所稱以他法供人觀覽之補
29 充概括規定，雖未明定為公然，實與上開例示規定相同而
30 含有公然之意，必係置於不特定人或特定多數人可得觀
31 賞、瀏覽之狀態下，始足當之（最高法院84年台上字第62

94號裁判參照）。又司法院釋字第617號解釋就刑法第235條第1項規定亦認猥褻資訊或物品之散布，係指令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒，且「未採取適當之安全隔絕措施而散布」使「一般人得以見聞」之行為，並認該條所規範「以他法供人觀覽、聽聞」亦含有公然之意，須置於不特定人或特定多數人可得觀賞、瀏覽、聽聞之狀態下，始足當之，考量本條例雖以保護兒少性權利、避免遭受任何形式性剝削，保護其身心健全發展主要目的，但依本罪規範性質暨構成要件內容仍係避免其行為客體因對外散布進而造成更大損害，故應採上述相同解釋，即認兒少性剝削條例第38條第1項之散布、或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞，應以在「公然」或「對不特定人」狀態下為限。故被告僅將前開檔案傳送予丙男，且甲女與丙男乃為姊弟、彼此具有一定親誼而與無關第三人有別，足見被告非僅客觀上未使前開檔案處於公然或不特定人得以共見聞之狀態，主觀上亦無將之對外散布之意，依前開說明自與第1次修正前本條例第38條第1項構成要件不符。

肆、駁回上訴之說明

原審以不能證明被告就起訴書犯罪事實一(四)成立犯罪為由，憑為其無罪之諭知，判決結果核無違誤；另認被告就前揭犯罪事實一(一)(二)（即起訴書犯罪事實一(一)(二)(三)）事證明確，適用刑事訴訟法第299條第1項前段規定，併同犯罪事實一(三)（即起訴書犯罪事實一(五)；此部分經原審認係犯兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、跟蹤騷擾防制法第18條第1項之成年人故意對少年犯跟蹤騷擾罪，被告僅針對量刑上訴），審酌被告明知甲女為少年，竟為滿足自己性慾而引誘其自拍性影像，嚴重侵害甲女身心健康，又持續騷擾甲女使其處於不安環境而影響日常生活，所為實屬不該，另考量被告有竊盜、酒駕等前科紀錄（均不構成累犯），素行不佳，且始終未獲甲女或其家屬諒解，復經乙男表示被告犯後

01 仍持續騷擾甲女、請求從重量刑等語（原審卷第65頁），及
02 被告自述教育程度、家庭生活及經濟狀況（原審卷第118
03 頁）等一切情狀，分別量處有期徒刑3年5月（犯罪事實一
04 一）、3年2月（犯罪事實一（二））及3月（犯罪事實一（三）），此
05 部分併諭知如易科罰金以新臺幣1000元折算1日），再斟酌
06 刑罰所造成痛苦程度係隨刑度增加而生加乘效果，隨罪數增
07 加而遞減刑罰已足以評價被告上開行為不法性，遂就犯罪事
08 實一（一）（二）犯行合併定應執行有期徒刑3年9月；再針對扣案平
09 板電腦1台及行動電話2支均認係被告所有供本件犯罪所用之
10 物，遂依第1次修正後兒少性剝削條例第36條第6、7項（此
11 部分於第2次修正後並未變更）及刑法第38條第2項前段規定
12 沒收（另敘明本案相關影像之電子訊號業已儲存前述手機而
13 不重複宣告沒收），業已詳述認定犯罪事實所憑證據及理
14 由，並審酌刑法第57條各款情狀採為量刑責任之基礎，認事
15 用法均無違誤，量刑及定應執行之刑亦屬妥適，並無任何偏
16 重不當或違法之處；況關於刑之量定，係實體法上賦予法院
17 得為自由裁量之事項，倘未逾越法律規定範圍或濫用其權
18 限，即不得任意指摘為違法。準此，檢察官就前揭原審判無
19 罪部分指摘原判決不當而請求撤銷，及被告暨辯護人徒以前
20 詞就犯罪事實一（一）（二）（三）主張原審認定罪數有誤暨請求從輕量
21 刑云云，俱無理由，均應駁回。

22 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第371條，判決如主文。

23 本案經檢察官黃政德提起公訴暨提起上訴，檢察官楊慶瑞到庭執
24 行職務。

25 中 華 民 國 114 年 1 月 15 日

26 刑事第二庭 審判長法官 孫啓強

27 法官 莊珮吟

28 法官 陳明呈

29 以上正本證明與原本無異。

30 犯罪事實一（三）（即起訴書犯罪事實一（五））部分不得上訴，其餘部
31 分如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，

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）「切勿逕送上級法院」。

中 華 民 國 114 年 1 月 15 日

書記官 鄭伊芸

附錄本判決論罪科刑法條：

112年2月15日修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，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，處3年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣300萬元以下罰金。

跟蹤騷擾防制法第18條第1項

實行跟蹤騷擾行為者，處1年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣10萬元以下罰金。

兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項

成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至2分之1。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定。