臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度侵上訴字第94號

上　訴　人
即　被　告　蕭有成
輔　佐　人　蕭海清
法扶律師　　郭俐文律師

上列上訴人因兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣臺南地方法院114年度侵訴字第55號中華民國114年9月16日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署113年度偵字第24014、25255號、114年度偵字第7720號；併辦：臺灣新北地方檢察署114年度偵緝字第5813號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

㈠原判決關於犯引誘使少年製造猥褻行為之電子訊號罪及定應執行刑部分，均撤銷。

㈡上開撤銷部分，蕭有成無罪。

㈢其他上訴駁回。

㈣上訴駁回部分，應執行有期徒刑壹年拾月。

事　實

一、（Ａ部分）蕭有成於民國104年3月27日之不詳時間，透過網路結識甲女（即代號AC000-S113070006號女子，89年12月生，姓名及年籍詳卷），並知悉其為14歲以上未滿16歲之人，竟基於與14歲以上未滿16歲之人為性交行為之犯意，於104年3月27日不詳時間，在臺南市永康區不詳地點之汽車旅館房間，未違反甲女之意願，撫摸甲女胸部，並將生殖器插入甲女生殖器，以此方式為性交行為。

二、（Ｃ部分）蕭有成於110年間不詳時間，透過網路結識韋○○，竟意圖為自己不法之所有，基於詐欺取財、交付少年之性影像照片、影片之接續犯意，化名「夢妤妃」、「白妤妃」，並佯為女性身分與韋○○交往，為取信韋○○，蕭有成於如附表所示時間，使用通訊軟體LINE、MESSENGER，傳送交付如附表所示甲女少年時之性影像照片、影片，及其他

不詳女性裸露身體之性影像照片、影片（惟此其他部分無證據證明為兒童、少年之性影像）給韋○○，並向其佯稱：該等照片、影片均為其本人所攝等語，致韋○○信以為真，陷入錯誤，接連自110年9月5日起至113年6月30日止，陸續匯款共新臺幣（下同）36萬3620元（扣除匯款手續費，起訴書誤為37萬6975元）至蕭有成名下中華郵政帳號00000000000000號帳戶、不知情且受監護宣告之祖母洪O花名下中華郵政帳號00000000000000號帳戶，再由蕭有成提領花用一空，韋○○因而受有損害。嗣因韋○○偶然結識甲女，發現蕭有成傳送之如附表所示照片、影片內女子並非蕭有成，報警處理，查悉上情。

三、案經甲女、韋○○訴由臺南市政府警察局永康分局、桃園市政府警察局龜山分局報告臺灣臺南地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、有罪部分

一、上開犯罪事實，業據被告於原審及本院審理時坦承不諱（原審卷第103、120、154、185頁，本院卷第140至142頁），核與證人即告訴人甲女於警詢及偵審中證述情節相符(警卷第57至62、63至67頁，偵一卷第109至112、135至136頁，原審卷第155至166頁)，並有證人即告訴人韋○○於警詢及偵查之證述一致(警卷第79至95、139至142頁，偵一卷第145至147頁頁）。此外，復有臺南市政府警察局永康分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、收據、原審113年聲搜字第1710號搜索票、搜索及扣押物品照片（警卷第37至51頁）、兒少性剝削事件報告單（警卷第53至54頁）、告訴人韋○○之⑴報案資料⑵被告傳送之手機簡訊擷圖⑶玉山銀行帳號00000000000000號帳戶交易明細（經本院統計為36萬5900元）⑷於通訊軟體LINE、MESSENGER與被告對話紀錄擷圖（⑴偵三卷第41至43、49至50、57至64頁⑵警卷第147至149頁⑶警卷第151至175頁⑷警卷第177至178頁）、性侵害案件通報表（偵一

卷第89至90頁）、臺南市政府警察局永康分局偵辦蕭有成涉嫌兒少性剝削、妨害性隱私等案警員陳冠穎偵查報告暨所附被告手機採證影像擷圖⑴113年10月23日⑵113年11月8日（偵一卷⑴第93至99頁⑵第117至122頁）、告訴人甲女性影像照片、影像擷圖⑴檔名「CADG6805」影片⑵檔名「XDCN2409」影片⑶檔名「IMG_2813」照片（偵一卷第153至161頁⑴第159至161頁⑵第153至155頁⑶第155至157頁）、被告手機對話紀錄擷圖、翻拍照片（偵一卷第163至165、169至171、185、191、195至199頁）、臺灣桃園地方法院112年度監宣字第724號民事裁定（偵三卷第17至19頁）、財團法人台灣省私立桃園仁愛之家個案開案紀錄表（偵三卷第23頁）、洪O花健群診所113年9月10日診斷證明書（偵三卷第25頁）、桃園市私立博愛老人長期照顧中心入住證明書（偵三卷第27頁），及扣案之iPhone11行動電話1支(IMEI：000000000000000，含門號0000000000號SIM卡 1張）附卷可參，足見被告上開任意性自白與事實相符，本件事證明確，被告上開犯行堪以認定，應依法論科。

二、論罪科刑：

㈠告訴人甲女為00年00月間生，於上開A部分所示時間年滿14歲、未滿16歲，有甲女之真實姓名對照表在卷可憑（警卷彌封袋中）。

㈡核被告就上開A部分之所為，係犯「刑法第227條第3項之對於14歲以上未滿16歲之人為性交罪」；就上開C部分之所為，係犯「刑法第339條第1項之詐欺取財罪、（現行）兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項之交付少年之性影像罪」。

㈢上開A部分：

1.被告為此部分性交犯行前，撫摸甲女胸部之猥褻行為，屬被告為滿足性慾，與甲女為性交之前階段行為，該部分行為應為性交行為所吸收，不另論罪。

2.被告為84年6月間生，有其個人戶籍資料在卷可參（訴字卷

第21頁），被告為此部分犯行時，已滿18歲，自無刑法第227條之1減免其刑規定之適用，併予敘明。

㈣上開C部分：

1.經查，兒童及少年性剝削防制條例第38條於112年2月15日經總統公布修正施行，並自112年2月17日起生效，而被告於如附表所示時間，接續傳送交付如附表所示性影像照片、影片給告訴人韋○○，其犯行橫跨新舊法之施行期間，依上開說明，自應逕行適用修正後之新法，而無新舊法比較之問題。

2.被告無正當理由持有少年性影像之低度行為，應為其交付少年性影像之高度行為所吸收，不另論罪。

3.兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項係刑法第319條之3第1項之特別規定，依特別法優於普通法之原則，應優先適用兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項之交付少年性影像照片罪嫌處斷，不另論以兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第319條之3第1項之成年人故意對少年犯無故交付性影像罪嫌。

4.被告於如附表所示時間先後傳送如附表所示性影像照片、影片予告訴人韋○○，並以之施行詐術，係基於單一犯罪決意，各侵害同一被害人法益，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，論以接續犯。

5.被告以一行為犯詐欺取財罪、交付少年性影像照片、影片罪，為想像競合犯，依刑法第55條前段之規定，從一重論以交付少年性影像照片、影片罪。

6.又散布係指散發傳布於公眾，係對於不特定人或特定多數人為之（最高法院84年台上字第8294號判例意旨參照），被告既僅將少年性影像照片、影片傳送給告訴人韋○○，自非屬散布，應係構成兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項定之交付行為。又散布或交付，均規定於上開條例第38條第1項，屬同一條項，自無須變更起訴法條（最高法院97年度臺上字第777號判決意旨參照）。

7.移送併辦之臺灣新北地方檢察署114年度偵緝字第5813號案件與此部分屬同一事實，本院應併予審理。

㈤刑法第227條第3項之罪及上開交付少年之性影像罪，係對被害人為14歲以上未滿16歲之少年所設之特別處罰規定，依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書規定，毋庸再依該條項前段規定加重其刑，併予敘明。

㈥被告所犯上開2罪間，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

㈦被告無刑法第59條酌減其刑之適用：

1.刑法第59條之酌量減輕，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用，至情節輕微或其犯罪動機等節，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由（最高法院28年上字第1064號判決先例、109年度台上字第2001號判決意旨參照）。

2.被告所犯刑法第227條第3項之罪，法定本刑為「7年以下有期徒刑」，暨其所犯交付少年之性影像罪，法定本刑為「1年以上、7年以下有期徒刑」，要非重罪，尚無縱以最輕法定刑論處猶逾行為人實際應擔負之罪責，而有情輕法重之情，難認應依刑法第59條規定酌減其刑。

3.被告輕視未成年人之身心及社會生活條件之健全發展、杜絕未成年人性影像之製造、流布等普世人權價值，為滿足一己私欲，率然將少年之性影像交付他人，藉此詐欺取財，其動機並非良善；另衡之現今影像製造、傳播技術及網路通訊管道發達，經拍攝得之電子影像可輕易大量複製及傳播，且任意他人取得檔案皆得複製、轉存、翻拍、節錄，無須經由原拍攝者同意，少年之性影像經拍攝製造後，一旦外流散布，即難以查禁根絕，其損害延及之時間及空間範圍甚廣，故而特加立法以杜絕交付少年之性影像。兼以兒童及少年性剝削防制條例關於性影像之規範，除保護被害之兒童及少年個人外，尚有追求並維護兒童及少年之人權、杜絕對兒童及少年

為性犯罪之公益目的，非僅單純關涉被害人可自由處分之性隱私法益，再以被告於行為時非有何迫於無奈鋌而走險，或有何等特殊之原因或環境，而有不得不為之苦衷，堪使一般人一望即心生憫恕之同情，難認有何情輕法重而堪予憫恕，自不合刑法第59條之規定。

4.衡以被告有詐欺等前科，亦無法與本案被害人成立和解，是難認有何酌減事由，被告就此所為主張，無可採信。

三、上訴駁回之理由（即原判決犯罪事實Ａ、Ｃ）

㈠原審審酌被告明知甲女為14歲以上未滿16歲之少女，思慮尚欠成熟，並無完足之性自主能力，仍不能克制己身情慾衝動，與甲女性交，對甲女之身心健全、人格發展造成不良影響，惟被告於此犯罪時，正值年輕氣盛之年紀，且係在與甲女交往期間，一時衝動致鑄成錯誤，此部分未違反甲女意願，亦未使用強暴、脅迫或誘拐等不法手段；復不思以正當途徑取得金錢，竟利用告訴人等之信任及善意，以交付少年之性影像等詐偽方式騙取他人金錢，置該等性影像於逸脫自身可堪掌握管控之範疇，造成他人遭受金錢損失，被告未尊重他人財產法益，破壞社會秩序，法紀觀念淡薄，被告迄今未成立和解與賠償，兼衡告訴人等對於本案之態度、被告之素行、犯罪動機、目的、手段、所生危害、犯罪所得、身心及就醫情形（原審卷第109至113頁、本院卷第93頁之身心障礙證明、診斷證明書）、智識程度、家庭生活狀況及其與告訴人等間關係等一切情狀，分別量處有期徒刑7月、1年6月。另原審就沒收部分，亦說明依相關規定，就附表Ｋ所示之物諭知沒收及追徵價額。本院經核原審認事用法，並無不當，量刑方面尚稱允洽，應予維持。

㈡被告以其已誠心認錯，願意彌補損害，請求安排調解；且被告有智能障礙情形，身心虛弱，一週洗腎3次，眼睛也快失明等為由，提起上訴，請求依刑法第59條酌減及從輕量刑，而指摘原審量刑過重。惟按量刑之輕重，係事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀而

未逾越法定刑度，則不得遽指為違法；上級法院對於下級法院之職權行使，原則上應予尊重（最高法院72年台上字第6696號判例、85年度台上字第2446號判決意旨參照）。被告雖坦承犯罪，並有上開身心及健康狀況，然其並無刑法第59條酌減事由，業如前述；再者，被告與告訴人2人並無成立調解，有本院公務電話查詢紀錄表可按（本院卷第49、95頁），難認有何再予從輕之事由；本案原審就被告量刑部分，已審酌刑法第57條規定之多款量刑事由，並未逾越法定刑度，亦無濫用裁量之情事，量刑並無過重。被告雖主張其有悔意，請求輕判，然其未為任何賠償，無再從輕之因子，審酌被告有詐欺等前科，上開量刑並無過重。再者，上開量刑乃第一審法院之職權行使，業如前述，此部分並無比例失衡之處，其上訴主張輕判，難認有據。其餘抗辯，已為原審審酌，上開認定及量刑，並無違誤不當。被告持上開事由指摘原審量刑不當，均無理由，應予駁回。

㈢本院復就上開所示之刑，並基於罪責相當之要求，於刑法第51條第5款所定之外部性界限內，綜合評價被告所犯各罪類型、關係、法益侵害之整體效果，考量犯罪人個人特質，及以比例原則、平等原則、責罰相當原則、重複評價禁止原則為內涵之內部性界限，為適度反應被告整體犯罪行為之不法與罪責程度及對其施以矯正之必要性，而就被告所犯上開各罪，定其應執行刑如主文所示。

貳、無罪部分

一、公訴意旨略以：被告蕭有成於民國105年4月間，基於引誘少年製造猥褻行為之電子訊號照片、影像之犯意，向原無意拍攝猥褻行為影像之甲女，以言詞勸導、要求其拍攝裸露下體之電子訊號影片、照片，甲女因此應被告之要求，於105年4月間，自行拍攝如附表所示猥褻行為電子訊號照片1張、影片2部後，將上開照片、影片以不詳方式傳送給被告，因認被告涉犯修正前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猥褻行為電子訊號照片、影片罪嫌。

二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪或其行為不罰者，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。另按證據之證明力，雖由法官評價，且證據法亦無禁止得僅憑一個證據而為判斷之規定，然自由心證，係由於舉證、整理及綜合各個證據後，本乎組合多種推理之作用而形成，單憑一個證據通常難以獲得正確之心證，故當一個證據，尚不足以形成正確之心證時，即應調查其他證據。尤其證人之陳述，往往因受其觀察力之正確與否，記憶力之有無健全，陳述能力是否良好，以及證人之性格如何等因素之影響，而具有游移性；其在一般性之證人，已不無或言不盡情，或故事偏袒，致所認識之事實未必與真實事實相符，故仍須賴互補性之證據始足以形成確信心證；而在對立性之證人（如被害人、告訴人）、目的性之證人（如刑法或特別刑法規定得邀減免刑責優惠者）、脆弱性之證人（如易受誘導之幼童）或特殊性之證人（如秘密證人）等，則因其等之陳述虛偽危險性較大，為避免嫁禍他人，除施以具結、交互詰問、對質等預防方法外，尤應認有補強證據以增強其陳述之憑信性，始足為認定被告犯罪事實之依據（最高法院104年度台上字第3178號判決意旨參照）。又按認定犯罪事實所憑之證據，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，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，尚不得任意指為違法；認定犯罪事實應依證據，為刑事訴訟法所明定，故被告否認犯罪事實所持之辯解，縱屬不能成立，仍非有積極證據足以證明其犯罪行為，不能遽為有罪之認定（最高法院76年度台上字第4986號、30年度上字第1831號判決意旨參照）。

三、公訴人認被告涉犯上開性剝削犯行，無非係以被告供述、告

訴人甲女指訴、甲女於原審提出之其與被告於109年4月間通訊軟體對話紀錄翻拍照片4張附卷可憑（原審卷第187至190頁）等證據為憑。訊據被告堅決否認有上開性剝削犯行，辯稱：甲女在原審所提供的是她成年時的對話紀錄，但這時甲女已成年，與起訴之105年相隔4年，用成年的對話紀錄推論未成年時被告有主動要求甲女提供私密照片，實屬無據。被告不否認甲女成年時有要過影片，但這沒有辦法推論未成年時有主動要甲女提供影片，況且甲女知道並與另外2個女生跟被告同時發生多重戀愛關係，倘為爭寵主動提供照片、影片，並非不可想像，原審僅以告訴人單一指訴遽論被告有罪，尚嫌速斷等語（本院卷第84至85頁）。

四、經查：

㈠按被害人因其與被告立場對立，在法律上之利害關係相反，故其就被害經過所為之指述，不得作為認定犯罪之唯一證據，仍應調查其他補強證據以擔保其所為不利於被告之指證確有相當之真實性。而所謂補強證據，係指被害人指證以外，與其指證具有相當程度關聯性之其他證據而言。另性侵害犯罪態樣複雜多端，且大多數係在無第三人在場之隱密處所發生，若被告否認犯罪，被害人之指證，往往成為最重要之直接證據。事實審法院為發現真實，以維護被告之正當利益，對於被害人指證是否可信，自應詳加調查，必也其指證確與事實相符，而無重大瑕疵，始得採為論罪科刑之依據（108年度台上字第1041號判決意旨參照）。

㈡原審認被告於105年4月間對甲女為上開性剝削犯行，惟此部分，除甲女未特定時地之概括、單一指訴外，別無其他得以具體特定各該時日及方式之補強證據可佐；甲女雖於原審提出109年4月之通訊軟體對話照片，然此距105年4月已有5年之久，當時對話所談論者，顯不可能是105年4月之事，自難以此推論5年前之犯行。衡以本罪最輕法定刑為有期徒刑1年以上，以檢察官上開所舉證據之密度，顯然難以特定被告上述性剝削犯行。

㈢況且，甲女亦於偵訊自承：高二的時候，我與同班同學豬豬，還有另一位翁同學，也與被告交往，他們兩人持續與被告交往到高三等語（偵卷第136頁），足徵當時包含甲女確實有3女與被告同時交往，故被告上開辯解，並非子虛，難認全無可採。

五、綜上所述，上開性剝削犯行，甲女之指證欠缺具體特定而有瑕疵，且此部分並無具體特定時日方式之充足補強證據，公訴意旨所為舉證，尚不足以證實被告確有公訴意旨所指此部分犯行，自難以甲女指訴及多屬具同一性之累積證據逕認被告該當性剝削犯行。檢察官復未能提出適合於證明起訴犯嫌之其他積極證據，指出調查之途徑暨說明其關聯性予以補強，綜合全案事證及辯論意旨，其證明尚未達於通常一般人均不致有所懷疑，得說服本院確信其為真實之程度，揆諸前揭說明，本院認被告此部分犯罪應屬不能證明。

六、撤銷改判部分（即原判決犯罪事實二）

原審認被告於105年4月間對甲女為性剝削犯行，罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查，此一犯行屬犯罪無法證明，業經本院詳述如前，原審認定尚有未合，被告提起上訴否認犯罪，為有理由，應由本院就此部分撤銷改判，另為無罪之諭知。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項、第301條第1項，判決如主文。

本案經檢察官張佳蓉提起公訴，檢察官蔡佩容到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　30　　日

刑事第五庭　審判長法　官　蔡川富

法　官　曾子珍

法　官　翁世容

以上正本證明與原本無異。

無罪部分，被告不得上訴。

餘如不服本判決應於收受送達後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

（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　張妤瑄

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　30　　日

附錄本判決論罪科刑法條：

刑法第227條第3項：

對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處7年以下有期徒刑。

刑法第339條第1項：

意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。

以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。

前二項之未遂犯罰之。

「現行」兒童及少年性剝削防制條例第38條：

散布、播送、交付、公然陳列或以他法供人觀覽、聽聞兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

意圖散布、播送、交付或公然陳列而持有前項物品者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。

意圖營利犯前二項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。販賣前二項性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品者，亦同。

第一項及第三項之未遂犯罰之。

查獲之第一項至第三項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。

◎附表：

編號	卷內檔名	照片/影片內容	被告傳送給告訴人韋○○之時間
1	CADG6805	女性裸露陰部，及如廁過程之影片。	111年3月8日
2	XDCN2409		112年12月15日

3	IMG_2813	女性下半身裸露之照片。	113年3月16日

◎附表K：

未扣案之犯罪所得即新臺幣參拾陸萬參仟陸佰貳拾元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；扣案之iPhone11行動電話壹支(IMEI：000000000000000，含門號0000000000號SIM卡 1張）及未扣案如附表所示甲女之性影像均沒收。