

最高法院刑事判決

114年度台上字第6093號

上訴人 吳彥霖

選任辯護人 蘇清水律師

潘映寧律師

黃聖珮律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年8月14日第二審判決（114年度上訴字第1655號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第4790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377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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。原判決引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，認定上訴人吳彥霖有如其事實欄（下稱事實）一、二之犯行，因而維持第一審判決論處民國112年2月15日修正前兒童及少年性剝削防制條例（下稱兒少性剝削條例）第36條第2項之引誘使少年製造猥褻行為之電子訊號，及（現行）兒少性剝削條例第36條第5項、第3項之以脅迫使少年自行拍攝性影像未遂各1罪刑，並定其應執行刑

01 及諭知相關沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳
02 敘其所憑證據及認定之理由。

03 二、上訴意旨略以：上訴人自始否認於結識代號AE000-S1110800
04 03號（00年生，姓名詳卷，下稱A女）時，即已知悉其係未
05 滿18歲之少女，並就A女於警詢及偵查中指證其有告知上訴
06 人年齡資訊之陳述，爭執其證據能力。至A女於第一審雖證
07 述其臉書頁面係穿著國中制服之照片，但其上並無拍攝之時
08 間，且A女在網路遊戲「傳說對決」中，亦未顯示其年齡資
09 訊，A女之指證並無佐證。原判決在別無補強事證下，僅憑
10 上訴人曾於第一審之自白及A女片面之指證，遽為有罪認
11 定，採證尚非適法。兒少性剝削條例第36條關於拍攝兒少為
12 性交或猥褻行為之性影像，應限縮解釋為「性活動」過程中
13 遭拍攝之影像，始足當之。又上訴人行為後，兒少性剝削條
14 例第36條第2項、第3項於112年2月15日修正，在原規範之被
15 拍攝、製造等犯罪類型外，另增列「自行拍攝」之犯罪類
16 型。本案A女係自行拍攝裸露胸部及下體之猥褻行為數位照
17 片（下稱本案電子訊號）傳送予上訴人，上訴人所為並非修
18 正前兒少性剝削條例第36條第2項、第3項處罰之犯罪類型；
19 且本案之電子訊號，亦非A女與上訴人互動之性活動過程，
20 原判決未比較新舊法，復未審酌本案電子訊號之內容，仍論
21 以兒少性剝削條例罪刑，於法不合云云。

22 三、按被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查
23 中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信
24 之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，
25 刑事訴訟法第159條之2定有明文。所謂前後陳述不符，應就
26 前後階段之陳述進行整體判斷，以決定其間是否具有實質性
27 差異。而所謂「較可信之特別情況」，應就前後陳述時之各
28 種外部情況進行比較，以決定何者外部情況具有可信性。又
29 得為證據之被告以外之人在審判外之陳述應先具備任意性之
30 要件，捨此即無證據適格之可言。原判決業已敘明A女先後
31 於警詢及第一審就其是否曾告知上訴人尚在就讀國中而未滿

01 18歲乙節之陳述確有不符。然其於警詢之陳述，係依其自由
02 意志所為，並無來自上訴人之壓力干擾，且距離本案行為時
03 間較近，記憶較為清晰，就此客觀條件、環境以言，具有較
04 可信之特別情況，且相較於第一審所陳就上開情節俱已不記
05 得而言，為證明上訴人犯罪事實存否所必要，依刑事訴訟法
06 第159條之2規定，其於警詢時之陳述例外具有證據能力等
07 旨。核所為之上開論斷，於法尚屬無違。又刑事訴訟法第15
08 9條之1第2項規定：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為
09 之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」係鑒於我
10 國檢察官代表國家偵查犯罪，依法有訊問證人、鑑定人之
11 權，且證人、鑑定人原則上必須具結，其可信性極高，而以
12 具結已足以取代被告反對詰問權信用性保障情況之要件，在
13 立法政策上，除顯有不可信之情況者外，特予承認其具有證
14 據能力。亦即被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，
15 原則上具有證據能力，僅於顯有不可信之情況者，始例外否
16 定其證據能力。是當事人若爭辯存有此種例外情況者，必須
17 提出相當程度之證據資料加以釋明，非許空泛指摘。至於此
18 種證據必須於審判中經踐行包含詰問程序在內之合法調查程
19 序，依刑事訴訟法第155條第2項規定，始得作為判斷之依
20 據，乃屬法定調查證據程序規定，與有關被告以外之人於偵
21 查中向檢察官所為陳述之證據能力規定，應分別以觀，不可
22 混淆。查A女於檢察官偵訊時尚未滿16歲，依刑事訴訟法第
23 186條第1項第1款之規定，不得令其具結；上訴人及其辯護
24 人亦未具體指摘A女於檢察官偵訊時所為證述，有何受到外
25 力干擾等情事，而有顯不可信之情況；A女復於第一審到庭
26 接受交互詰問，業已保障上訴人之對質詰問權。原審採認A
27 女於檢察官偵訊時之證述作為判斷上訴人犯罪事實之依據，
28 依上說明，並無不合。上訴意旨誤解上開規定，指摘原判決
29 採認A女於警詢及偵查中之陳述違反證據法則云云，並非適
30 法之第三審上訴理由。

四、按證據之取捨與事實之認定，均為事實審法院之職權，苟其採證認事，並不違背經驗及論理法則，即不容任意指為違法，而執為適法之第三審上訴理由。原判決依憑A女於警詢、偵查及第一審之指證，佐以上訴人於第一審就事實一、部分犯行，坦承以贈送遊戲點數引誘A女自行拍攝裸露胸部及下體猥褻行為之數位照片之自白，以及事實二、部分，坦承於確知A女為未滿18歲之少女後，仍以贈送點數引誘A女自行拍攝猥褻行為照片遭拒，乃傳送如附表所示內容之訊息予A女等不利於己之供述，暨卷附上訴人之臉書登錄資訊、通聯調閱查詢單、上網資訊明細、搜索扣押資料、上訴人與A女之臉書即時通對話紀錄擷取照片等證據資料，資以論斷上訴人確有違反兒少性剝削條例犯行，已詳述其所憑之證據與理由。原判決以上所為論斷，核無違背客觀存在之經驗與論理法則，自屬事實審採證認事之合法職權行使。又被告於訴訟中所為之自白或不利於己之陳述，既係獨立於告訴人指訴以外之證據資料，自得作為告訴人指訴屬實之補強證據，或與其他立證相結合，進而據以認定被告之犯罪事實。原判決依憑上訴人於第一審就事實一、部分犯行，坦承其主觀上可預見A女係未滿18歲之少女之自白，佐以A女分別於警詢、偵查及第一審指述其曾告知上訴人就讀國中2年級，其臉書封面係穿著國中制服，並與上訴人加入臉書好友等情，以及前揭卷附上訴人之臉書登入資訊、通聯調閱查詢單、上網資訊明細、訊息對話擷圖等資料，據以為上訴人此部分自白之佐證。事實二、部分，並以上訴人坦認上揭客觀事實不利於己之供述，佐以A女於第一審指證上訴人係以散布本案電子訊號相脅，迫使其進行裸體視訊，並自行拍攝性影像，及前揭卷附之訊息對話擷圖等資料，而為有罪之論斷，並非僅憑上訴人之自白，抑或A女欠缺補強證據之片面指證，即為上訴人有罪之認定。上訴意旨指摘原審採證認事違反證據法則，要屬誤會，自非適法之第三審上訴理由。又行為後法律有無變更，端視所適用處罰之成罪或科刑規範之實質內容，修正前

01 後法律所定要件有無不同而斷。若新、舊法之條文內容雖有
02 所修正，然其修正無關乎要件內容之不同或處罰之輕重，而
03 僅為文字、文義之修正或原有實務見解、法理之明文化，或
04 僅條次之移列等無關有利或不利於行為人之情形，則非屬該
05 條所指之法律變更，自不生新舊法比較之問題，而應依一般
06 法律適用原則，適用裁判時法。原判決說明兒少性剝削條例
07 於112年2月15日配合同條例第2條第1項第3款之文字及刑法
08 第10條第8項之增訂，修正、調整部分文字內容，屬條文用
09 語之修正，並未變更構成要件及法律效果。修正後第36條第
10 2項、第3項雖新增使少年或兒童「自行拍攝」之行為樣態，
11 惟實務見解已認自行拍攝照片或影片，屬創造照片或影片之
12 行為，應在本條所稱「製造」之概念範疇內。且參諸本次修
13 正鑑於「被（他人）拍攝」與「自行拍攝」是相對之概念，
14 二者均得為「製造」之文義解釋所涵蓋。原條文既將「被拍
15 攝」獨立於「製造」概念之外，體系上亦有將「自行拍攝」
16 從「製造」概念獨立之必要，以臻明確（該次修正立法院二
17 讀會立法說明參照）。準此，使兒童或少年自行拍攝性交或
18 猥褻行為之照片、影片等物品，不論修正前後，均屬上開條
19 項所處罰之行為樣態。另兒少性剝削條例於113年8月7日修
20 正後，增列「無故重製」之處罰樣態，將無故重製之行為獨
21 立於「製造」概念之外，則僅係原有實務見解明文化。又兒
22 少性剝削條例第36條第2項之罪，於112年2月15日修正後已
23 提高有期徒刑之刑度。因認上訴人事實一、所犯兒少性剝削條
24 例第36條第2項之罪，經比較新舊法之結果，應適用112年2
25 月15日修正前之規定。上訴人事實二、所犯兒少性剝削條例第
26 36條第3項之罪，前揭修正僅為單純文字修正及實務見解明
27 文化，並未變更構成要件及刑罰之輕重，應逕依裁判時兒少
28 性剝削條例第36條第3項論罪等旨，依上說明，並無不合。
29 又兒少性剝削條例第36條關於性影像之判斷，應適用刑法第
30 10條第8項第2款之規定，包含「性器或客觀上足以引起性慾
31 或羞恥之身體隱私部位」之影像或電磁紀錄，不侷限於特定

對象的「行為（含性活動）」過程。且從本條例保護兒少之性隱私與身心健全發展，防止性影像之兒少性剝削等規範目的觀察，並依妨害性隱私罪關於猥褻性（具性意涵）及合理隱私期待之要件，為合目的性之解釋，如偷拍經內褲或內衣包覆之兒少性器或身體隱私部位，客觀上足以造成羞恥，或引起性慾，依刑法第10條第8項第2款之規定，即應認係本條例第36條之兒少性影像，此為本院最近統一之見解。原判決引用第一審之理由，說明本案電子訊號為A女裸露胸部及下體之影像，在客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起一般人羞恥、厭惡感而侵害性道德感情，乃兒少性剝削條例規範之猥褻行為電子訊號等旨，依上開說明，亦無適用法則不當之違誤。上訴意旨置原判決之明白論敘於不顧，仍謂本件係A女自行拍攝本案電子訊號，內容並非與上訴人之性活動過程，其所為並非兒少性剝削條例規範之犯行云云，係就前揭法條規定徒憑己見為不同解讀，而執以指摘原判決為違法，亦非適法之上訴第三審理由。

五、綜上，本件上訴人上訴意旨，無非係就原審採證認事職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，再事爭辯，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，依首揭說明，其上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 115 年 5 月 7 日

刑事第九庭審判長法官 林英志

法官 劉興浪

法官 蔡廣昇

法官 陳德民

法官 許泰誠

本件正本證明與原本無異

書記官 鄭淑丰

中 華 民 國 115 年 5 月 12 日