

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

108年度侵上訴字第115號

上訴人

即被告 王中鵬

選任辯護人 陳曉鳴律師

上列上訴人即被告因違反兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣臺中地方法院107年度侵訴字第6號中華民國108年7月4日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度偵字第27179號、第30287號、第30281號、第30282號）提起上訴，本院判決如下：

主 文

一、原判決關於附表二編號1所處各罪所示之刑及對乙○○所定之應執行刑部分，均撤銷。

二、乙○○犯如附表二編號1所示之罪，各處如附表二編號1「本院主文欄」所示之刑。

三、其餘（即附表二編號2、3、4）部分，均上訴駁回。

四、上開撤銷及駁回上訴部分，乙○○應執行有期徒刑壹年拾月。

犯 罪 事 實

一、乙○○係成年人，於民國105年7月間，以「高翔」名義，透過臉書社交網站結識甲女（警偵代號0000000000、00年0月出生、真實姓名年籍詳卷；下稱甲女），且得悉甲女有金錢花用之需，乃以介紹外拍工作為由吸引甲女從事性交易行為。乙○○雖無可確知甲女之真實年齡為未滿14歲，然主觀上明知甲女為14歲以上未滿16歲之女子，竟分別為下列行為：

（一）乙○○為掩飾其為「高翔」本人，另自稱為「偉哥」、「陳國偉」，且同時以臉書帳號「○○chan」與甲女聯繫見面，而分別基於對於14歲以上，未滿16歲之女子為性交之犯意，於附表一編號1至6所示時間、地點，各以將其陰莖插入甲女陰道之方式對甲女為性交，或以其陰莖插入甲女口腔而使甲女為其口交等方式，與甲女為有對價之性交行為，性交後並交付價金予甲女（詳情如附表一編號1至6所示）。

01 (二) 乙○○基於拍攝少年為性交數位影片、猥褻行為數位照片之
02 電子訊號之單一犯意，在與甲女為如附表一編號1所示性交
03 行為時，另手持其所有之TaiwanMobile廠牌行動電話1支（
04 含門號0000000000號SIM卡1片），接續拍攝其與甲女為性
05 交行為之數位影片、及甲女裸露乳房之猥褻行為數位照片之
06 電子訊號。

07 (三) 乙○○與羅國書（自稱「小呂」，所犯業經原審判處罪刑併
08 予宣告緩刑4年，未據上訴而告確定）係朋友，乙○○得悉
09 羅國書亦有與年輕女性為性交易行為之意向，竟基於媒介12
10 歲以上未滿18歲之少女與他人為性交易之犯意，於如附表一
11 編號2、4、5所示時間、地點，各由乙○○以臉書帳號「
12 ○○chan」聯繫甲女相約時間，而媒介羅國書與甲女進行性
13 交易行為，且羅國書每次均將價金交予乙○○，再由乙○○
14 轉交甲女（詳情如附表一編號2、4、5所示）。

15 (四) 嗣甲女因另受社會主管機關之保護安置措施，乙○○無法與
16 甲女聯絡，詎其不知自我節制劣行，竟透過甲女之臉書友人
17 聯繫甲女之胞妹乙女（警詢代號0000000000B，真實姓名年
18 籍詳卷；下稱乙女），而於106年6月26日18時54、55分許
19 ，基於以網際網路供人觀覽少年為猥褻行為數位照片電子訊
20 號之接續犯意，持其所有、同前揭(二)部分之行動電話連接網
21 際網路，以「林安樂」帳號通訊軟體「LINE」，告知乙女有
22 關甲女從事性交易及積欠借款等情事，且傳送裸露甲女乳房
23 之猥褻數位照片4張供乙女觀覽，要求乙女轉告甲女、甲女
24 之母即丙女（警偵代號0000000000A，真實姓名年籍詳卷；
25 下稱丙女）出面清償欠款，或改由乙女拍攝裸照以替甲女償
26 債，然遭乙女斷然拒絕。

27 二、俟乙女將上開情事告知其母丙女，由丙女帶同甲女報警處理
28 ，為警持臺灣臺中地方法院所核發之搜索票，於106年10月
29 5日8時40分許，前往乙○○位於新北市○○區○○路0段
30 000巷0○○號2樓住所執行搜索（所扣得MSI筆記型電腦
31 1台尚與本案無關）；又於同日10時30分許，再至乙○○位

於新北市○○區○○○道○ 段○○○ ○○ 號辦公室，扣得乙○○所有、供犯罪事實一之(二)、(四)所用之TaiwanMobile廠牌行動電話1支(含門號0000000000號SIM卡1片)，始查獲上情。

三、案經甲女訴由桃園市政府警察局平鎮分局報告及內政部警政署刑事警察局移送、臺中市政府警察局第六分局報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理由

壹、程序事項

一、按性侵害犯罪防治法第12條第2項規定「司法機關所製作必須公示之文書，不得揭露被害人之姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別被害人身分之資訊」；兒童及少年福利與權益保障法第69條第1項第4款、第2項亦規定「司法機關所製作必須公開之文書，除有其他法律特別規定之情形外，不得揭露足以識別刑事案件、少年保護事件之當事人或被害人之兒童及少年身分之資訊」。查本案被害人甲女於案發時為未滿14歲之人，故關於甲女、甲女之母丙女、告訴人之胞妹乙女等人之真實姓名年籍等，自均屬足以識別其等確切身分之資訊，本判決不得加以揭露(上開身分資料均詳卷內密封之真實姓名代號對照表)，先予敘明。

二、證據能力之說明：

(一)按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4等規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159條之5定有明文。該條文之立法意旨，在於確認當事人對於傳聞證據有處分權，得放棄反對詰問權，同意或擬制同意傳聞證據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，如法院認為適當，不論該傳聞證據是否具備刑

事訴訟法第159條之1至第159條之4所定情形，均容許作為證據，不以未具備刑事訴訟法第159條之1至第159條之4所定情形為前提（最高法院104年度第3次刑事庭會議決議參照）。本判決所引用被告以外之人於審判外之言詞及書面陳述，均未據公訴人、上訴人即被告乙○○（下稱被告）、辯護人爭執其證據能力，且於言詞辯論終結前亦未聲明異議（見本院卷第170甲177頁），並經本院於審判期日依法踐行調查證據程序，依前揭說明，自均有證據能力。

(二)又傳聞法則乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述而為之規範。本案判決以下引用之非供述證據，固無刑事訴訟法第159條第1項規定傳聞法則之適用，然經本院於審理時依法踐行調查證據程序，與本案待證事實具有自然之關聯性，且無證據證明係公務員違法取得之物，依法均得作為證據。

貳、本院認定犯罪事實之心證說明：

一、訊據被告對於犯罪事實一之(一)（即附表一編號1至6）所示與甲女為性交易行為、犯罪事實一之(二)所示以手機拍攝其與甲女性交影片、甲女之猥褻照片等電子訊號行為、犯罪事實一之(四)所示以網路傳送甲女之猥褻照片予乙女觀覽等情，均坦承不諱，並於本院供認其主觀上係知悉甲女為14歲以上未滿16歲之國二生等語（見本院卷第184甲185頁）；另坦承犯罪事實一之(三)所示其中附表一編號2之媒介性交易犯行，矢口否認其餘2次即附表一編號4、5之媒介犯行，辯稱：伊於附表一編號2介紹甲女與羅國書認識後，甲女與羅國書間自無須再透過伊媒介即可自行達成性交易合意云云。辯護意旨則以：甲女固有向被告表示自己為國二，然未透露實際生日或真實年齡，而國二學生亦有部分係14歲以上者，參酌被告依甲女曾告知尚有逃家、自行在外打工等經歷，主觀上僅可得知悉甲女為14歲以上未滿16歲之女子；又被告於附表一編號2所示介紹甲女與羅國書認識後，因甲女表示有借款之需，被告與羅國書即各自出借新台幣（下同）3萬元予甲女

，且以性交易代價作為抵償，堪認甲女與羅國書已相互約定性交易內容而形成合意，自無庸再透過被告媒介，至第3次即附表一編號5部分，被告僅係單純駕車搭載羅國書南下臺中與甲女進行性交易行為，應不該當媒介之要件等語，資為辯護。惟查：

(一)上開被告所坦承之犯罪事實，核與證人即告訴人甲女於警詢、偵訊證稱情節大致相符（見他卷(一)第8、24甲26頁），並有「高翔」、「○○ Chan」之臉書網頁資料、甲女手繪附表一編號2汽車旅館房間現場圖、沐蘭旅館股份有限公司106年4月27日中沐學字第10604001號函附客戶登記資料、外商臉書公司提供「○○ Chan」之IP資料、被告以「林安樂」帳號與乙女以「LINE」通訊軟體之聊天內容翻拍照片附卷可參（見他卷(一)第3、6、23甲1、29甲31、37頁、他卷(二)右上頁碼第25甲61頁），此外，復有被告所有且供拍攝犯罪事實一之(二)所用之TaiwanMobile廠牌行動電話1支（含門號0000000000號SIM卡1片）扣案可佐。

(二)查告訴人甲女為00年0月出生，其與被告為附表一編號1至6所示性交易行為時，實際上係未滿14歲之女子，固有真實姓名年籍對照表密封在卷可參。公訴意旨雖據此認被告對甲女所為附表一編號1至6之性交易行為，應依刑法第227條第1項對未滿14歲之女子為性交罪嫌論處云云。然被告於本院堅稱：甲女僅告知自己是國二生、14歲，伊不知悉甲女之實際生日及真實年齡，而國二學生即有部分已為14歲以上者，甲女復告知曾轉學、逃家及自行在外打工等較複雜之生活背景，故伊主觀上認為甲女應為14歲以上未滿16歲之女子等語。經查：

1.被告於原審審理中雖供稱：伊對於知悉甲女為未滿14歲乙節，願意認罪等語（見原審卷(一)第116頁），然被告及辯護意旨於本院辯稱：因當時院檢雙方均對於涉及被告刑責輕重之相關量刑因子加以分析利害，被告最終所述實乃為求獲致輕刑寬典之應訴妥協，並非與其行為時主觀之認知事實相符等

語（見本院卷第82甲83頁），本院乃依辯護人之聲請，勘驗原審該部分之審理庭訊光碟，有勘驗筆錄在卷可參（見本院卷第119甲130頁），是綜依整體庭訊歷程以觀，對於被告主觀上是否知悉甲女為未滿14歲乙節，辯護人仍為被告之利益再三爭執，經法院及檢察官就構成要件、卷證資料及被告素行等令被告、辯護人瞭解被告犯後態度為量刑基礎之一，最終係以類似實質協商之性質而於筆錄內記載「被告認罪」，庭訊過程雖無以強暴、脅迫或其他不正訊問之方式為之，然被告所謂之認罪，恐難認與其行為時主觀認定之事實確屬相符，自不得遽採為不利被告之認定。故關於本件行為時，被告主觀上對於甲女年齡之認知情節為何，自仍須依卷證資料加以審認，先予敘明。

2. 按刑法第227條對於未滿14歲之男女，或對於14歲以上未滿16歲之男女為性交或猥褻罪，固不以行為人明知被害人為未滿14歲，或14歲以上未滿16歲之人為絕對必要，若其有與未滿14歲，或14歲以上未滿16歲之人性交之不確定故意者，亦應成立上開罪名。又此所謂之「不確定故意」，係指行為人雖不知被害人係未滿14歲，或係14歲以上未滿16歲之人，但其主觀上已預見被害人可能係未滿14歲，或係14歲以上未滿16歲之人，竟仍執意為之，而不違背其本意者而言。亦即行為人主觀上已有前述預見，為認定其具有不確定故意之前提，此與在客觀上能否預見無關；縱客觀上能預見，但若行為人主觀上並無此項預見，即無所謂不確定故意之可言（最高法院93年度台上字第3557號、101年度台上字第6534號判決意旨參照）。

3. 雖證人甲女於警詢曾證稱：伊於網路中有告訴「高翔」出生年月日，「高翔」有告訴「陳國偉」、小呂私底下有問伊等語（見他字卷(一)第9頁），嗣於偵查中旋改稱：伊沒有告訴「高翔」出生年月日，見到「偉哥」後，僅有告訴「偉哥」自己是國二等語（見他卷(一)第24頁反面），所述前後不一，且關涉構成要件事實重要之點，即難謂無瑕疵可指；復參酌

告訴人之指訴是否與事實相符，仍應調查其他證據，以資審認，必被害人所述被害情形，無瑕疵可擊，且就其他方面調查，又與事實相符，始足據為有罪判決之基礎（最高法院52年台上字第1300號判例、81年度台上字第3539號判決意旨參照），經遍閱全卷，證人甲女並未留存其與「高翔」間之臉書訊息內容可資憑佐，且被告堅稱：甲女並未告知真實之出生年月日，僅表明自己是國二等語，既無其他補強證據為佐，自不得以證人甲女之單一指證為不利被告之認定。

4. 按犯罪須主觀上對於犯罪事實有所認識，而仍實行客觀事實，主觀意思與客觀事實一致，始足構成。故犯罪之事實與行為人所知有異，依「所犯重於所知者，從其所知」之法理，自應適用行為人主觀上所認識之該罪論處（最高法院100年度台上字第1110號、102年度台上字第4985號判決意旨參照）。再本件案發之105年7、8月，實係甲女即將升國二之暑假期間，證人甲女雖告知被告其為國二生，然被告因此誤認甲女已就讀國二完整學年完畢，未思及所指係暑假過後方升為國二學生，依一般人之通念觀之，尚非違常。又國民教育法第2條第1項前段規定「凡6歲至15歲之國民，應受國民教育」，國民教育法施行細則第8條第1款亦規定「學齡兒童入學年齡之計算，以入學當年度9月1日滿6歲者」，故泛稱為「國二」之學生，雖大多為未滿14歲，然不乏有14歲以上之情形，即入學前一年度9月2日至00月00日出生且未辦理提早入學者，即可能與次年度9月1日滿6歲之學生同時入學而為同一年級，故被告辯稱其依甲女告知為國二生，故主觀上認知甲女應為14歲以上未滿16歲之女子等語，顯非無據。是基於「罪證有疑，利於被告」之證據法則，及前揭「所犯重於所知，從其所知」之法理，被告在客觀上雖係對實際仍屬未滿14歲之甲女為性交行為，然其主觀上無從知悉甲女係未滿14歲，自僅得依被告主觀所知悉甲女為14歲以上、未滿16歲所涵攝要件之罪責論處，要屬灼然。

(三) 另按「媒介」，係指媒合介紹，至於係由媒介人主動兜攬，

或應性交易對象其中一方之要求所為，均非所問。查證人甲女於偵查中證稱：伊與「小呂」（指羅國書）見面那次（指附表一編號2），是「偉哥」與伊聯繫，見面後才知道另有「小呂」，「偉哥」說「小呂」以為伊是一般小姐，結束時「偉哥」拿6千元給伊，且表示其中5000是「小呂」的；後來伊用臉書聯繫「偉哥」臉書之「○○ Chan」帳號，表示想借6萬5千元，其等去沐蘭時（即附表一編號3），偉哥就說他與「小呂」可以1人借伊3萬元；隔週偉哥又用臉書聯繫伊見面，後來伊就跟「偉哥」、「小呂」一起去汽車旅館（即附表一編號4），要伊簽本票，該次因生理期來，只有幫他們2人口交，結束後「偉哥」拿6萬元給伊；8月某日（即附表一編號5）偉哥又用「○○ Chan」帳號約，那次是「小呂」開車載「偉哥」來，結束後偉哥給伊2千元。伊覺得「偉哥」、「小呂」很像同事，「偉哥」是帶小姐的人，「小呂」是「偉哥」介紹來的客人，「偉哥」還特別交代伊不要讓「小呂」知道「偉哥」是帶小姐的工作人員，性交易的錢包括「小呂」的部分，都是「偉哥」交給伊，伊不知道「偉哥」與「小呂」間是如何算錢等語明確（見他卷(一)第25反面甲27頁），足認關於以性交易代價抵償甲女對被告、羅國書之借貸債務乙節，顯係由被告1人所主導，甲女與羅國書間，並無單獨為任何協商或合意，羅國書縱未有異議，無非亦就被告單方提出之條件評估後應允接受而已；況羅國書於警詢、偵查中均供承：甲女均係由乙○○聯繫，伊部分之性交易價金也都是交給乙○○，再由乙○○交給甲女等語甚詳（見偵字第27179號卷(一)第78頁反面、96頁反面），顯示羅國書毫無私下與甲女聯繫之管道，甚且於同次性交易時，整體之性交易價金尚需經由被告之手轉交，益見被告顯有刻意迴避羅國書與甲女直接洽商之機會，核其先後3次聯繫甲女與羅國書為性交易行為，均仍該當媒介之要件，顯無疑義，被告、辯護意旨此部分所辯情詞，無非避重就輕之詞，委無可採。

01 (四)綜上調查結果，本案事證明確，被告犯行洵堪認定，應依法
02 論科。

03 參、論罪之說明：

04 一、新舊法之比較適用：

05 按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法
06 律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。沒收、非
07 拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。刑法第2條定
08 有明文。申言之，行為後法律有變更者，應將行為時之法律
09 與中間法及裁判時之法律比較，適用最有利於行為人之法律
10 （最高法院29年上字第964號判決要旨參照）。查原兒童及
11 少年性交易防制條例於104年2月4日經總統以華總一義字
12 第0000000000號令修正公布名為兒童及少年性剝削防制
13 條例及全文55條，再經行政院命令發布，定自被告行為後（
14 除犯罪事實一之(四)部分外）之106年1月1日施行；又於10
15 6年11月29日經總統以華總一義字第10600142261號令修正
16 公布第36、38、39、51條等規定（本案所涉者係第36、38條
17 ），再經行政院命令發布定自107年7月1日施行。爰詳述
18 本案所涉條文於修正前後之異同如下：

19 (一)犯罪事實一之(一)所涉與少年性交易部分：

20 106年1月1日施行前之兒童及少年性交易防制條例第22條
21 第1項、第2項規定：「與未滿16歲之人為性交易者，依刑
22 法之規定處罰之。」、「18歲以上之人與16歲以上未滿18歲
23 之人為性交易者，處1年以下有期徒刑、拘役或新臺幣10萬
24 元以下罰金。」；106年1月1日施行之兒童及少年性剝削
25 防制條例第31條第1項、第2項則規定：「與未滿16歲之人
26 為有對價之性交或猥褻行為者，依刑法之規定處罰之。」、
27 「18歲以上之人與16歲以上未滿18歲之人為有對價之性交或
28 猥褻行為者，處3年以下有期徒刑、拘役或新臺幣10萬元以
29 下罰金」，參酌前揭兒童及少年性交易防制條例第2條規定
30 ，「性交易」指有對價之性交或猥褻行為，故而上開行為時
31 兒童及少年性交易防制條例第22條第1項，與修正後兒童及

少年性剝削防制條例第31條第1項之構成要件範圍、法定刑並未改變，僅係構成要件內涵之明確化，並未變更條文之構成要件及法定刑，是依一般法律適用原則，此部分應逕予適用裁判時之法律即兒童及少年性剝削防制條例第31條第1項之規定，而應依刑法第227條第1項至第4項規定處罰之。

(二) 犯罪事實一之(二)所涉拍攝少年性交、猥褻電子訊號部分：

1. 行為時法：

106年1月1日施行前之兒童及少年性交易防制條例第27條第1項規定：「拍攝、製造未滿18歲之人為性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以下罰金」。

2. 中間法：

106年1月1日施行後之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項則規定：「拍攝、製造兒童及少年為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者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以下罰金」；僅係增列照片、電子訊號等為犯罪所生之物，此本係修正前兒童及少年性交易防制條例條文「其他物品」內涵之列舉，並將「未滿18歲之人」法文明確為「兒童及少年」，故上開修正，並未變更條文之實質構成要件及法定刑。

3. 裁判時法：

107年7月1日施行後之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定「拍攝、製造兒童或少年為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1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」，則就本罪之法定刑予以提高加重。

4. 經比較上開行為時法（即兒童及少年性交易防制條例第27條第1項）、中間法（106年1月1日施行之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項）、裁判時法（107年7月1日施行之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項）結果，即應適用前揭中間法即106年1月1日施行之兒童及少年性剝削

防制條例第36條第1項規定論處。

(三) 犯罪事實一之(三) 所涉媒介少年性交易部分：

106年1月1日施行前之兒童及少年性交易防制條例第23條第1項規定：「引誘、容留、媒介、協助或以他法，使未滿十八歲之人為性交易者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同」，106年1月1日施行之兒童及少年性剝削防制條例則將條號移列至第32條，第32條第1項則規定：「引誘、容留、招募、媒介、協助或以他法，使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同」，參酌前揭兒童及少年性交易防制條例第2條規定，「性交易」指有對價之性交或猥褻行為，故而上開行為時兒童及少年性交易防制條例第23條第1項規定，與修正後兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項之構成要件範圍、法定刑並未改變，僅係構成要件內涵之明確化，並未變更條文之構成要件及法定刑，是依一般法律適用原則，此部分應逕予適用裁判時之法律即兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項之規定論處。

(四) 犯罪事實一之(四) 所涉以他法供人觀覽少年猥褻照片部分：

被告行為時即106年1月1日施行之兒童及少年性交易防制條例第38條第1項規定：「散布、播送或販賣兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金」；現行即107年7月1日施行後之兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項關於構成要件及刑之輕重並未修正，僅於同條第3項配合刑法沒收章節之用語修正之，此部分亦應逕予適用裁判時之法律即兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項之規定論處。

二、構成要件之涵攝說明：

(一) 按稱性交者，謂非基於正當目的，以性器進入他人之性器、

01 肛門或口腔，或使之接合之行為，刑法第10條第5項第1款
02 定有明文。被告以性器進入告訴人甲女之性器、口腔之行為
03 ，自均合於性交要件無訛。又電子訊號通常分為「數位訊號
04 」及「類比訊號」2種，被告以手機對告訴人甲女所拍攝性
05 交之影片、裸露乳房之猥褻之照片，係分別利用影像感應功
06 能，將物體所反射的光轉換為數位訊號，壓縮後儲存於內建
07 的記憶體或是記憶卡上；或將既有數位訊號之圖檔，透過數
08 位編輯軟體重新製造之數位照片，再透過電子視覺化顯示器
09 ，讓電子訊號可以被視覺化，在如包括電視、電腦與平板等
10 顯示器上輸出，並無證據證明該等數位訊號業已經過沖洗或
11 壓製之過程而成為實體之物品（如錄影帶、光碟、相紙等）
12 ，均應屬於「電子訊號」要件。再刑事法所指之「猥褻」，
13 雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以
14 刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描
15 繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害
16 性的道德感情，有礙於社會風化者，被告以手機拍攝甲女裸
17 露乳房之數位照片，即該當猥褻電子訊號無訛。

18 (二)核被告所為：

19 1.被告主觀上雖不知甲女之年齡實際係未滿14歲，然已知悉其
20 為14歲以上未滿16歲之女子，故核被告關於犯罪事實一之(一)
21 即附表一編號1至6所示與甲女為性交易部分所為，係與未
22 滿16歲之女子為有對價之性交行為，依兒童及少年性剝削防
23 制條例第31條第1項規定，應論以刑法第227條第3項之對
24 於14歲以上未滿16歲之女子為性交罪（共6罪）。公訴意旨
25 認被告明知甲女未滿14歲，所為依兒童及少年性剝削防制條
26 例第31條第1項規定，應論以刑法第227條第1項之與未滿
27 14歲之女子為性交罪，容有未洽，惟其基本社會事實同一，
28 且業經本院告知被告所犯法條（見本院卷第168頁），保障
29 其訴訟防禦權，爰依刑事訴訟法第300條規定，變更起訴法
30 條論處。

31 2.關於犯罪事實欄一之(二)所為，核係犯106年1月1日施行之

兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年為性交、猥褻行為之電子訊號罪。

3. 關於犯罪事實欄一之(三)即附表一編號2、4、5介紹羅國書與甲女為性交易部分所為，核係犯兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項之媒介使少年為有對價之性交行為罪（共3罪）

4. 關於犯罪事實一之(四)所為，核係犯兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項以網際網路供人觀覽少年為猥褻行為之電子訊號罪（又本罪依行為態樣、犯罪客體及法定刑輕重等要素觀之，顯係刑法第235條第1項之特別規定而屬吸收關係，無庸另論刑法第235條第1項之罪，附此敘明）。

(三)罪數關係：

1. 犯罪事實欄一之(二)所示拍攝甲女為性交數位影像、猥褻行為數位照片之電子訊號，暨犯罪事實欄一(四)所示以網際網路供人觀覽4張甲女為猥褻行為之數位照片，皆係基於同一緣由及目的、在密接時間及同一地點所為，顯係基於單一犯意，侵害法益同一，各行為之獨立性極為薄弱，各應成立接續犯，分別論以包括之一罪。

2. 被告乙○○所犯附表二編號1至4所示各罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

(四)再按兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項規定，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，加重其刑至二分之一。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。查本案被告所犯之刑法第227條第3項及前揭兒童及少年性剝削防制條例各罪，均係以被害人之年齡為處罰條件，乃就被害人為兒童及少年所定之特別處罰規定，依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項但書規定，均無庸再依該條項前段規定加重其刑，附此敘明。

(五)另刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之

一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括同法第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷。本件有關犯罪事實欄一之(二)部分，被告所犯兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項媒介使少年為有對價之性交行為罪，其法定刑為「1年以上7年以下有期徒刑，得併科300萬元以下罰金」，該等刑度不可謂之不重，考量被告對於告訴人甲女為上開犯罪事實欄一之(二)所示媒介羅國書與甲女為性交易犯行，固無足取，然係朋友間之私人媒合介紹，相較於一般常見應召站媒介性交易之類型，對社會危害較低，犯罪情節顯較輕微，手段亦屬平和，主觀惡性相對尚非甚重；復斟酌被告犯後已與告訴人於原審成立調解，並已全額履行，甲女之母丙女亦表明不追究刑事責任，有原審108年度中司調字第1877號調解程序筆錄、中國信託銀行存提款交易憑證附卷可參（見原審卷第109、128頁）；另被告乙○○就其性偏差行為，已積極進行相關治療，亦提出個別輔導評估報告附卷可佐（見原審卷第130甲144頁），認對其科處法定最低刑度，仍有情輕法重之虞，就此部分爰依刑法第59條規定，酌減其刑。

肆、本院一部撤銷、一部駁回上訴及定應執行刑之說明：

一、撤銷原判決部分：

(一)原審認被告與甲女為性交易行為部分，事證明確，而予論罪科刑，固非無見，然被告主觀上應係知悉甲女為14歲以上未滿16歲之人，業經本院論述如上，原審仍對其逕論以刑法第227條第1項之罪，容有未洽，被告提起上訴，就此部分上訴理由否認知悉甲女為未滿14歲之人，上訴即有理由，應由本院就原判決此部分予以撤銷；又原判決所定之應執行刑，亦因原審所宣告刑，業經本院部分撤銷而失所附麗，應併予撤銷之。

(二)爰審酌被告自承因無法控制自身生理衝動，一再對告訴人甲

01 女為多次有對價之性交易行為，雖均未違反甲女之意願，然
02 對性事觀念矇懂而未臻成熟之甲女而言，對身心之健全發展
03 及金錢價值觀培養確有相當程度之負面影響，自不宜過度輕
04 縱；兼衡被告自稱大學畢業之智識程度，從事室內裝修、兼
05 職保險、家中有6歲兒子、妻子、父母、重殘哥哥賴其扶養
06 、經濟勉持之家庭生活狀況（見原審卷第124頁反面）及業
07 與甲女成立調解及積極接受相關性行為偏差之治療（詳如上
08 述）此犯後態度等一切情狀，分別量處如附表二編號1所示
09 之刑。

10 二、上訴駁回部分：

11 (一)原審判決就其餘即犯罪事實一之(二)至(四)部分，認被告所犯事
12 證明確：

13 1.就罪刑部分，因而適用106年1月1日施行之兒童及少年性
14 剝削防制條例第36條第1項、現行之同條例第32條第1項、
15 第38條第1項等規定【原審就犯罪事實一之(四)部分，認亦該
16 當刑法第235條第1項之罪（未經起訴書論及罪名），且與
17 起訴之兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項部分具有想
18 像競合關係乃從一重論罪，未斟酌兩者間顯屬吸收關係應逕
19 論以兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項之罪即可，法
20 律適用當否雖值商榷，然觀之整體判決結論則無關宏旨，茲
21 由本院附此敘明】；並審酌被告與甲女為性交易過程中尚拍
22 攝性交、猥褻行為之數位影片、數位照片，並媒介友人羅國
23 書與甲女為性交易，復於無法聯繫甲女時，更以網際網路傳
24 送告訴人甲女之猥褻數位照片予甲女之胞妹乙女觀覽，所為
25 實屬不該，惟兼衡前揭被告之犯罪動機、目的、手段、犯罪
26 情節、所生危害、犯後態度及業與甲女成立調解並全額履行
27 等一切情狀，各量處如附表二編號2、3、4所示之刑。

28 2.另就沒收部分說明：

29 (1)按沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律，10
30 4年12月30日修正公布並自105年7月1日施行之刑法第2
31 條第2項定有明文，是沒收制度於刑法修正後自屬獨立於刑

01 罰及保安處分以外之法律效果，應一律適用裁判時之法律。
02 又兒童及少年性剝削防制條例於106年11月29日修正公布，
03 並自107年7月1日施行，乃配合刑法沒收章節規定，修正
04 該條例第36條第6項為：「第1項至第4項之物品，不問屬
05 於犯罪行為人與否，沒收之。」，另該條例第38條第3項規
06 定「查獲之前二項物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之
07 。」，則該等條例關於沒收之規定係在上開刑法沒收規定後
08 施行，參酌刑法施行法第10條之3規定，關於沒收之規定，
09 自應優先適用兒童及少年性剝削防制條例。又前揭兒童及少
10 年性剝削防制條例第36條第6項、第38條第3項沒收之範圍
11 ，乃包含各該項規範性交及猥褻行為之物品（如圖畫、照片
12 、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品）。

13 (2) 查扣案之TaiwanMobile廠牌行動電話1支（含門號00000000
14 00號SIM卡1片），乃係被告所有並供犯罪事實欄一之(二)、
15 (四)部分所使用，乃依兒童及少年性剝削防制條例第36條第6
16 項、第38條第3項之規定，各於附表二編號2、4所示罪刑
17 項下宣告沒收。

18 (3) 至扣案之MSI筆記型電腦1台，迭經被告陳明：係供自己工
19 作使用而與本案無關等語在卷，又查無積極事證足資證明該
20 扣案物確與本案有何直接關連，自不予沒收。

21 (二)經核原判決上開部分，認事用法均無違誤，量刑亦屬妥適，
22 且就沒收宣告及不予沒收之說明於法核無不合；被告提起上
23 訴，就上開部分上訴理由雖認原審判決量刑失衡云云，惟查
24 ：

25 1.按刑罰之量定，屬法院自由裁量之職權行使，應審酌刑法第
26 57條所列各款事由及一切情狀，為酌量輕重之標準，並非漫
27 無限制；量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項
28 ，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定刑度，
29 不得遽指為違法；且在同一犯罪事實與情節，如別無其他加
30 重或減輕之原因，下級審量定之刑，亦無過重或失輕之不當
31 情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予

01 尊重（最高法院72年度台上字第6696號、75年度台上字第70
02 33號判例意旨及85年度台上字第2446號判決可資參照）。

03 2. 審酌被告就犯罪事實一之(二)（即附表二編號2），所犯106
04 年1月1日施行之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項
05 其法定最低本刑為「有期徒刑6月」，原審量處有期徒刑
06 7月；犯罪事實一之(三)（即附表二編號3），所犯兒童及少
07 年性剝削防制條例第32條第1項，原審業依刑法第59條規定
08 酌減後，依最低法定刑度酌加而定為有期徒刑7月（3罪）
09 上開二部分均已屬偏低度之量刑；至犯罪事實一之(四)部分
10 所論處之兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項，最重
11 本刑雖為「有期徒刑3年」，然被告該次犯行係於無法聯繫
12 甲女後，竟不知節制猶輾轉覓得甲女之胞妹乙女，利用甲乙
13 姊妹情深，傳送甲女之猥褻電子照片圖檔予乙女觀覽，並以
14 乙女可代甲女清償借款為由，企圖勸誘乙女拍攝裸照抵償，
15 幸因乙女勇於揭發告知母親，始未釀致更大傷害，此部分惡
16 性難認甚輕，故而關於法律適用本院固認應依吸收關係逕予
17 論處1罪，然依上開犯罪情節評價其整體罪質內涵，仍認以
18 不得易科罰金之刑度為宜，從而原審判處有期徒刑7月，尚
19 無量刑過重之虞。

20 3. 綜上，原審既已注意適用刑法第57條規定各該量刑因子之內
21 涵，就前揭各項量刑事由詳予為審酌並敘明具體理由，且未
22 逾越法定刑度，復未濫用自由裁量之權限，亦無輕重失衡之
23 情形，自不得遽指為違法，被告此部分上訴意旨，徒予指摘
24 原判決之量刑有何顯失公平之處，亦無所據，此部分上訴為
25 無理由，應予駁回。

26 三、茲就本院上開撤銷改判及上訴駁回部分，併依刑法第51條第
27 5款規定，定其應執行有期徒刑1年10月如主文第4項所示
28 。末按凡在判決前已經受有期徒刑以上刑之宣告確定者，即
29 不合於緩刑條件，至於前之宣告刑已否執行，以及被告犯罪
30 時間之或前或後，在所不問，因而前已受有期徒刑之宣告，
31 即不得於後案宣告緩刑（最高法院84年度台上字第1851號判

決要旨參照），查被告前因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，經臺灣苗栗地方法院以106年度苗侵簡字第4號判決處有期徒刑3月確定，業於107年8月10日徒刑易服社會勞動執行完畢等情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷足考，自與緩刑要件不合，本院無從宣告緩刑，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段、第300條，兒童及少年性剝削防制條例第31條第1項，刑法第227條第3項、第51條第5款，判決如主文。

本案經檢察官陳僑舫提起公訴，檢察官丙○○到庭執行職務。

中華民國 109 年 2 月 4 日

刑事第十二庭 審判長法官 張國忠

法官 陳 葳

法官 劉敏芳

以上正本證明與原本無異。

兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項（即犯罪事實一之(四)）部分不得上訴；其餘均得上訴。

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，其未敘述上訴之理由者，並應於提起上訴後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 施耀婷

中華民國 109 年 2 月 4 日

【附表一】

犯罪事實一之(一)被告與甲女為性交易6次（編號1至6）

犯罪事實一之(二)被告拍攝性交、猥褻電子訊號（編號1）

犯罪事實一之(三)被告媒介羅國書與甲女性交易（編號2、4、5）

編號	時間	地點	犯罪事實經過
1	105 年7 月	臺中市天	乙○○於105 年7 月中旬某日，先以「高翔

(續上頁)

	中旬某日	月汽車旅館	」之名義，利用臉書傳送外拍工作賺錢之訊息予甲女，並相約見面之時間、地點，再以「偉哥」名義，與甲女在臺中市中山國中附近之統一超商見面，旋駕駛車牌號碼000甲0021號自用小客車搭載甲女至臺中市天月汽車旅館，未違背甲女之意願，將其陰莖插入甲女陰道內抽動，或以其陰莖插入甲女口腔而使甲女為其口交等方式，與甲女為有對價之女；又乙○○明知甲女係12歲以上未滿18歲之少年，在與甲女為性交行為之同時，另行起意由乙○○手持其所有之TaiwanMobile廠牌行動電話1支（含門號0000000000號SIM卡1片，扣案），拍攝其與甲女為性交行為之數位影像，及甲女裸露乳房等身體部位之猥褻行為數位照片。
2	105年7月中旬某日	臺中市某汽車旅館	於上開犯行後翌日，乙○○再以「高翔」名義，透過臉書傳送訊息予甲女，相約在臺中市中山國中附近統一超商見面，由乙○○駕駛車牌號碼000甲0000號自用小客車，搭載綽號「小呂」之羅國書與甲女至臺中市某汽車旅館，未違背甲女之意願，先由乙○○以其陰莖插入甲女陰道內抽動而與甲女為有對價之性交行為後，再媒介羅國書與甲女為性交易，羅國書乃以其陰莖插入甲女陰道內而與甲女為有對價之性交行為，嗣羅國書將性交易代價3000元交付予乙○○，乙○○再連同自己之性交易代價3000元總共6000元交付予甲女。
3	105年7月底某日	臺中市沐蘭汽車旅館	乙○○改以「GoWay Chan」名義，透過臉書傳送訊息予甲女，相約在臺中市九乘九文具店見面，由乙○○駕駛車牌號碼000甲0000號自用小客車搭載甲女至臺中市沐蘭汽車旅館，未違背甲女之意願，以其陰莖插入甲女陰道內抽動而與甲女為有對價之性交行為，然

(續上頁)

			因乙○○同意將與羅國書各借款30000 元予甲女，待借貸時再扣除性交易對價，故而暫未交付此次性交易代價。
4	105年7月27日	臺中市某汽車旅館	乙○○以「GoWay Chan」名義，透過臉書傳送訊息予甲女，相約在臺中市九乘九文具店見面，由羅國書駕駛車牌號碼000甲0000號自用小客車，搭載乙○○與甲女至臺中市某汽車旅館，未違背甲女之意願，先由乙○○以其陰莖插入甲女口腔之口交方式與甲女為有對價之性交行為後，再媒介羅國書與甲女為性交易，羅國書亦以其陰莖插入甲女口腔而與甲女為有對價之性交行為。羅國書將3000元之性交易代價交付予乙○○轉交給甲女，乙○○、羅國書並各出借30000 元總共60000 元予甲女，且要求甲女簽立面額60000元之本票1 張予乙○○收執，乙○○並向甲女表示本次性交易代價由借款中扣除，嗣則撕毀該本票。
5	105年8月間某日	臺中市某汽車旅館	乙○○以「GoWay Chan」名義，透過臉書傳送訊息予甲女，相約在臺中市九乘九文具店見面，由乙○○駕駛車牌號碼000甲0000號自用小客車，搭載羅國書、甲女及另一姓名年籍均不詳之女子（尚無證據證明其未滿16歲或未滿18歲）至臺中市某汽車旅館，未違背甲女及該不詳女子之意願，先由羅國書與該不詳女子為有對價之性交易，再由乙○○與該不詳女子為有對價之性交易，並媒介羅國書與甲女為有對價之性交易，復由乙○○與甲女為有對價之性交易，嗣羅國書將性交易代價3000元交付予乙○○，乙○○乃給付2000元予甲女，另給付5000元予該不詳女子。
6	105年12月間某日	新北市土城區某汽	乙○○以「GoWay Chan」名義，透過臉書傳送訊息予甲女，相約在新北市樹林國小附近

(續上頁)

		車旅館	便利商店見面，由乙○○駕駛車牌號碼000甲2221號自用小客車搭載甲女至新北市土城區某汽車旅館，未違背甲女之意願，以其陰莖插入甲女口腔之口交方式與甲女為有對價之性交行為，並交付2000元之性交易代價予甲女。
--	--	-----	---

【附表二】：

編號	犯罪事實	原審主文	本院主文
1	犯罪事實欄一之(一) 共6次	乙○○與未滿十六歲之人為有對價之性交行為，共陸罪，各處有期徒刑壹年陸月。	原判決撤銷。 乙○○對於十四歲以上未滿十六歲之女子為性交，共陸罪，各處有期徒刑拾月。
2	犯罪事實欄一之(二)	乙○○拍攝少年為性交、猥褻行為之電子訊號，處有期徒刑柒月。扣案之TaiwanMobile廠牌行動電話壹支（含門號0000000063號SIM卡壹片），沒收。	均上訴駁回
3	犯罪事實欄一之(三) ，共3次	乙○○媒介使少年為有對價之性交行為，共叁罪，各處有期徒刑柒月。	
4	犯罪事實欄一之(四)	乙○○以網際網路供人觀覽少年為猥褻行為之電子訊號，處有期徒刑柒月。扣案之TaiwanMobile廠牌行動電話壹支（含門號0000000000號SIM卡壹片），沒收。	

附錄論罪科刑法條

兒童及少年性剝削防制條例第31條第1項

與未滿十六歲之人為有對價之性交或猥褻行為者，依刑法之規定處罰之。

中華民國刑法第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。

兒童及少年性剝削防制條例第32條第1項

引誘、容留、招募、媒介、協助或以他法，使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。

01 106年1月1日施行之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項
02 拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、
03 影帶、光碟、電子訊號或其他物品，處六個月以上五年以下有期
04 徒刑，得併科新臺幣五十萬元以下罰金。
05 兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項
06 散布、播送或販賣兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫、照片、
07 影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，或公然陳列，或以他
08 法供人觀覽、聽聞者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百
09 萬元以下罰金。