

最高法院刑事判決

112年度台上字第2540號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官黃朝貴
被告 張洪鈞
選任辯護人 江信賢律師
蔡麗珠律師
鄭安妤律師

上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國112年4月13日第二審判決（111年度上訴字第1442號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署110年度偵字第26629號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審論處被告張洪鈞以脅迫使兒童製造猥褻行為之電子訊號罪刑之判決，改判論處被告以脅迫使兒童自行拍攝與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之電子訊號未遂罪刑，並諭知附條件之緩刑宣告，固非無見。

二、惟按：

(一)、兒童及少年性剝削防制條例第1條開宗明義規定：「為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展，特制定本條例。」依其立法說明，是立基於保護兒童及少年免於遭致性剝削之普世價值，而依據聯合國兒童權利公約第34條及兒童權利公約之精神，將侵犯兒童或少年而與其身心健全發展有關之任何性活動，均列為係對兒童及少年之「性剝削」，以防杜拍攝、製造兒童、少年為性交或猥褻行為之性影像，而侵害兒童、少年身心健全發展之基本人權，亦即以立法明文方式，揭示不容許兒童、少年放棄或處分其上述基本人權，以免因任何非法之性活動而遭致性剝削之旨。司法院釋字第623號解釋理由書揭示「兒童及少年之心智發展未臻成熟。……『性剝削』之經驗，往往對兒童及少年產生

01 永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之
02 負面影響。從而，保護兒童及少年『免於從事任何非法之性
03 活動』，乃普世價值之基本人權。」亦說明「性剝削」含有
04 在不對等權力地位關係下之壓榨意涵，確立「性剝削」之概
05 念較「性交易」為廣，兒童、少年必須被視為應維護及保障
06 的權利主體，任何對於兒童、少年以身體或性自主意識來滿
07 足剝削者權力慾望之性活動，皆屬於對兒童、少年之性剝
08 削。而刑事法上所稱之「猥褻」，屬評價性之不確定法律概
09 念，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性
10 行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞
11 恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（
12 司法院釋字第407、617號解釋意旨參照）。又依民國103年6
13 月4日制定公布、同年11月20日生效施行之兒童權利公約施
14 行法第2條規定，兒童權利公約所揭示保障及促進兒童及少
15 年權利之規定，具有國內法律之效力。故前揭兒童權利公約
16 有規定者，屬刑事法律關涉保護兒童及少年身心健全發展相
17 關事項之特別規定，而應優先適用。又兒童及少年性剝削防
18 制條例第36條第1項至第3項所列之罪，依其文義及體系解
19 釋，乃係以行為人對被害人施加手段之強弱，以及被害人自
20 主意願之法益侵害高低程度之不同，而予以罪責相稱之不同
21 法定刑，並於同條例第43條第1項及第2項規定減輕或免除其
22 刑之適當調節機制以資衡平，為層級化規範，使規範密度周
23 全，以達保障兒童及少年權益之立法目的，並符罪刑相當原
24 則、比例原則之憲法要求。是法院於具體個案審查是否屬使
25 兒童或少年被拍攝「猥褻行為」之性影像時，自應本諸上揭
26 保障及促進兒童、少年權利及保護兒童、少年身心健全發展
27 之立法目的，以行為人所為，是否為資源掌握者基於不對等
28 權力地位壓榨下，與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之
29 行為，作為性剝削之判斷標準，而不侷限於行為人主觀上有
30 滿足自己性（色）慾之意念，而在客觀上施行足以誘起他人
31 性（色）慾之舉動或行為者為限。上揭相同之法律用語（猥

01 褻行為)，因兒童及少年性剝削防制條例與刑法各自規範目
02 的不同，為符合前者乃為防制兒童及少年遭受任何形式之性
03 剝削，保護其身心健全發展之立法本旨與價值取向，自應依
04 循上述差異性之理解脈絡，而為犯罪概念個別化不同解釋內
05 涵，即學理所稱之「法律概念相對性」，以調和使整體法律
06 規範之適用結果，符合法秩序整體一致性及法價值體系間之
07 和諧，俾利實現兒童及少年性剝削防制條例之核心規範保護
08 目的，兼維護刑法之安定性。

09 (二)、原判決載敘被害人甲女（000年0月生，人別資料詳卷）所拍
10 攝之影片（下稱系爭影片），與司法院釋字第407、617號所
11 稱之猥褻物，係指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與
12 性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普
13 通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風
14 化者之資訊、物品，尚有未符。而兒童及少年性剝削防制條
15 例所規範之猥褻物亦應為相同之解釋，據此而說明系爭影片
16 與兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項所稱之客觀上足
17 以引起性慾或羞恥之影像之要件不該當，因認被告之上開犯
18 行僅成立同條例第36條第5項、第3項之未遂犯（見原判決第
19 6頁第26行至第7頁第30行）。惟依首揭說明，兒童及少年性
20 剝削防制條例與刑法關於「猥褻行為」概念，因各自之法規
21 範目的及保護法益未全一致，自應依循上述差異性之理解脈
22 絡，而為犯罪概念個別化不同解釋內涵（「法律概念相對
23 性」即詞同意異），以為調和。原判決就此部分未詳予剖析
24 釐清，已有可議。又被告自述其係為了「好玩」之目的，以
25 脅迫方式逼令甲女拍攝「打屁股」之影片，甲女遂自行用手
26 機拍攝系爭影片並傳予被告。嗣經原審勘驗系爭影片，確係
27 甲女裸體自行拍攝，內容包括其裸露胸部、部分臀部等影像
28 （見原審卷第222頁），揆諸上開說明，該影片是否與性相
29 關且客觀上足以引起性慾或羞恥，應從行為之表徵性、外顯
30 性判斷是否符合猥褻行為之性影像內容，始足以保護該條例
31 之核心規範目的。原判決僅以「甲女所拍攝『胸部、肚子部

01 位』之影像乃非被告之本意，此部分顯超出被告之犯意，被
02 告無庸對此部分負責」、「觀諸系爭影像所拍攝之角度及方
03 法，甲女於拍攝時神情自然，其所自拍之系爭影像並未有姿
04 態淫蕩或刻意強調性器官或性暗示之拍攝手法（被告甚至強
05 調非拍攝正面私密處），所拍攝者僅『屁股側邊』，是單就
06 此屁股側邊之局部影像，於客觀上難認足以刺激或滿足性
07 慾，不足以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感
08 情，而有礙於社會風化」（見原判決第7頁第13至15、20至2
09 6行）等語，遽以認定系爭屁股側邊之影像與上開司法院釋
10 字第407號、第617號解釋所稱猥褻物不符，如果無訛，似忽
11 略上開兒童及少年性剝削防制條例之立法目的，僵化判斷標
12 準於「客觀上難認足以刺激或滿足性慾」，亦未考量系爭影
13 片是否基於彼此不對等權力地位下，由被告脅迫甲女拍攝之
14 可能性存在？原判決未就甲女全案指證事項，與自拍裸體影
15 片傳予被告之前後緣由暨卷存勘驗系爭影片內容亦含有裸露
16 胸部之身體隱私部位，綜合整體特性而為觀察判斷，參酌現
17 時社會之一般觀念，是否與性相關且客觀上足以引起性慾或
18 羞恥？詳予敘明其取捨之理由，即以系爭影片「不足以引起
19 普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，而有礙於社
20 會風化」，而逕為被告有利之認定，理由之說明尚有未備。

21 (三)、又原判決論以被告犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第5
22 項、第3項之未遂罪，惟理由說明「被告使告訴人甲女自行
23 拍攝之電子訊號，應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第
24 6項規定『義務沒收』之意旨，應宣告沒收」（見原判決第9
25 頁第28至30行），與該條例第36條第6項規定：「第1項至第
26 4項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒
27 收之」，不包括同條例第36條第5項、第3項之未遂犯不相符
28 合。前後論述矛盾，亦有可議。

29 三、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之
30 事項，且影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認有
31 撤銷發回更審之原因。

01 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

02 中 華 民 國 112 年 7 月 12 日

03 刑事第七庭審判長法官 段景榕

04 法官 楊力進

05 法官 汪梅芬

06 法官 宋松璟

07 法官 沈揚仁

08 本件正本證明與原本無異

09 書記官 石于倩

10 中 華 民 國 112 年 7 月 18 日