

01 最高法院刑事判決

02 113年度台上字第5096號

03 上訴人 何忠勳

04 上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國  
05 113年10月9日第二審判決（113年度侵上訴字第83號，起訴案  
06 號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第78231號），提起上訴，  
07 本院判決如下：

08 主 文

09 原判決及第一審判決關於拍攝兒童性影像（不含沒收）部分均撤  
10 銷。

11 何忠勳犯拍攝兒童性影像罪，處有期徒刑壹年貳月。

12 其他上訴駁回。

13 理 由

14 壹、撤銷改判（即原判決及第一審判決關於拍攝兒童性影像《不  
15 含沒收》）部分

16 一、本件原判決事實欄（下稱事實欄）一之(二)後段認定：上訴人  
17 何忠勳明知A女（警詢代號：AD000-Z000000000，民國000年  
18 0月生，人別資料詳卷）尚讀國小，為未滿12歲之兒童，於  
19 112年10月31日下午4時15分許，在桃園市龜山區萬壽路1段  
20 195號碧雲天汽車旅館迴龍館（下稱碧雲天汽車旅館）某房  
21 間內，未違反A女之意願，對A女為性交行為得逞（對於未滿  
22 14歲之女子為性交部分之上訴，另予駁回，如下述貳所  
23 載），另萌生拍攝兒童性影像之犯意，當場以所持用蘋果牌  
24 iPhone 12 Pro Max手機，拍攝A女與性相關而客觀上足以引  
25 起性慾、羞恥之裸露胸部、下體等身體隱私部位、以性器接  
26 觸A女下體及性交行為之性影像7張。嗣經A女之母（警詢代  
27 號AD000-A112688A，人別資料詳卷，下稱B女）發覺有異報

01 警處理，經警於112年11月14日拘提上訴人，並持票搜索扣  
02 得前述手機1支，始查悉上情。

03 二、原判決係以上開事實，業據上訴人自白坦承，核與證人A  
04 女、B女證述情節大致相符，並有碧雲天汽車旅館入住資訊  
05 查詢畫面、監視器錄影畫面翻拍照片、性影像照片在卷可  
06 稽，足認上訴人之任意性自白與事實相符，其此部分犯行堪  
07 以認定。而以上訴人上開所為後，兒童及少年性剝削防制條  
08 例第36條第1項業於113年8月7日修正公布，同年月9日施  
09 行，經比較修正前、後之規定，其修正後係增列「無故重製  
10 兒童或少年之性影像」之犯罪態樣，且提高併科罰金之最低  
11 度金額，修正後規定並未有利上訴人，自應適用行為時即修  
12 正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝兒童性  
13 影像罪論處。第一審依上揭法律對上訴人予以論罪科刑，原  
14 無不合，惟修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項  
15 之拍攝兒童性影像罪之法定刑為「處一年以上七年以下有期  
16 徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」，第一審判決就此  
17 部分竟判處「有期徒刑4月」，亦未說明有何減輕事由，顯  
18 已逾越法定刑之範圍，自有適用法則不當之違法。原判決因  
19 而撤銷第一審關於拍攝兒童性影像部分所處之宣告刑，適用  
20 修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項等規定，審  
21 酌上訴人未能克制情慾，拍攝兒童A女之性影像，危害A女身  
22 心之健全發展，對社會亦有負面之影響，並斟酌其犯罪之動  
23 機、目的、手段、犯後態度尚佳，但尚未與告訴人達成和  
24 解，兼衡其自陳學歷為二專畢業、無前科、從事科技業、須  
25 扶養父母及2名女兒等智識程度、品行、生活狀況之一切情  
26 狀，量處有期徒刑1年2月。

27 三、上訴意旨略以：上訴人犯罪手段輕微、犯後態度良好均配合  
28 調查，有情輕法重之虞，原審對此未加以審酌，量刑仍屬過  
29 重，原判決有理由不備之違法等語。然刑之量定，係法院就  
30 繫屬個案犯罪之整體評價，為事實審法院得依職權自由裁量  
31 之事項，故量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜

合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷。苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法。原判決已具體審酌上訴人之犯罪手段、犯後態度，及刑法第57條科刑等其他一切情狀，在罪責原則下適正行使其刑罰之裁量權，說明量定刑罰之理由，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則、比例原則無悖，難認有逾越法律所規定之範圍，或濫用其裁量權限之違法情形。至適用刑法第59條酌減其刑與否，事實審法院本屬有權斟酌決定，當事人自不得以未依刑法第59條酌減其刑，執為第三審上訴之理由。上訴意旨任憑己意，執以指摘原判決此部分量刑有理由不備之違法，難認有據。

四、上訴人所執前詞就此部分上訴，雖無理由。惟按，上訴係不服判決，請求上級審救濟之方法，為達使當事人之訴訟獲得充分救濟之目的，除有刑事訴訟法第348條第2項但書規定之有關係部分為無罪、免訴或不受理者，抑或有同條第3項明示僅就科刑一部上訴之情形外，本有罪刑不可分原則及上訴不可分原則之適用，第二審法院應將經上訴之部分全部審理及判決，否則即有已受請求之事項未予判決之違法。經查，本件檢察官及上訴人不服第一審關於拍攝兒童性影像部分之科刑判決，提起第二審上訴，並未明示僅就第一審判決之刑為一部上訴，原判決理由欄壹之一亦說明檢察官及上訴人係就第一審關於拍攝兒童性影像部分之科刑判決全部提起上訴，原審自應就該部分之犯罪事實、罪名及相關量刑均予判決。乃原判決既於事實認定上訴人有本件拍攝兒童性影像之犯行，復於理由說明其如何採證認事，及上訴人此部分所為，何以不構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像罪名之理由，則其雖認第一審此部分論罪無誤，但量刑顯已逾越法定刑之範圍，有適用法則不當之違法，亦不得單就該罪所處之刑部分予以撤銷改判，必須依罪刑不可分之原則，將罪名一併撤

銷，始為適法。從而，原判決僅就第一審判決關於此部分之量刑撤銷改判，置上訴人所犯拍攝兒童性影像之罪名於不問，未為任何諭知，自難謂合法。

五、上訴意旨雖未指摘及此，然此係本院得依職權調查之事項，原判決上開違誤不影響事實之確定，可據以為判決，應由本院將原判決及第一審判決關於拍攝兒童性影像（不含沒收）部分均撤銷，審酌上訴人此部分犯罪之一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

貳、駁回（即原判決關於引誘使兒童製造性影像、對於未滿14歲之女子為性交，及諭知沒收）部分

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。

二、本件原審審理結果，認定上訴人有如事實欄一之(一)、(二)前段所載對未滿12歲之A女為妨害性自主各犯行明確，經比較新舊法律，因而撤銷第一審關於製造兒童性影像部分、拍攝兒童性影像諭知沒收部分之判決，改判論處上訴人引誘使兒童製造性影像之罪刑，及諭知相關之沒收。另維持第一審所為論處上訴人對於未滿14歲之女子為性交罪刑之判決，駁回上訴人此部分在第二審之上訴。已載認其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由，並就上訴人否認犯行之供詞，及所辯其僅係單方面詢問而非引誘A女拍攝影像，又其性器僅抵住A女外陰部而僅構成未遂各語，認非可採，予以論述及指駁。

三、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背經驗法則或論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法，而據為

上訴第三審之理由。又兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之引誘使兒童或少年製造性影像罪，所謂「引誘」，係指行為人以勾引、勸誘等方式，使原無製造性影像意思之少年或兒童，決意從事該項行為而言。亦即為使對方產生實行某種行為之決意，而予勸誘、刺激；或對方已有某種行為之決意，而予慇懃、鼓勵之行為，均足當之。另刑法上性交既遂與未遂之區分，採接合說，祇須性器或性器以外之其他身體部位進入女陰，或使之接合，即屬既遂，不以滿足性慾為必要。而女性外陰部生殖器官，包括陰阜、大陰唇、小陰唇、陰蒂、前庭、陰道口、處女膜外側，祇要男性陰莖一部已插入女性外陰部，縱未全部插入或未射精，亦應成立性交既遂。原判決綜合上訴人部分不利於己之供述，證人A女、B女之證述，卷附性影像影片翻拍照片截圖、性影像照片、Messenger對話紀錄截圖、LINE對話紀錄截圖、碧雲天汽車旅館入住資訊查詢畫面、監視器錄影畫面翻拍照片、現場指認照片，及案內其他證據資料，相互勾稽結果，憑為判斷上開各犯罪事實，已記明其認定之理由。並敘明上訴人多次以如原判決附表所示之訊息內容，索討、鼓勵及指示原無意製造猥褻電子訊號之A女，自行拍攝胸部、下體等特定身體部位之性影像後，傳送予上訴人觀覽，如何該當兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項規範之引誘行為，已論述綦詳。另針對上訴人之陰莖一部已侵入A女之性器內即陰道口而與之相接合，業經上訴人及A女一致述明，佐以對話紀錄截圖及性影像照片，而認上訴人所為已合於刑法第10條第5項所稱性交行為，且屬既遂，亦已闡述明白。所為論斷說明，俱有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得之各直接、間接證據，本於事實審採證認事之職權行使及推理作用，予以判斷而為認定，不悖乎客觀存在之經驗法則、論理法則。上訴意旨仍執陳詞，重為事實爭執，或稱其未以話術誘惑或引導A女，並非引誘行為，或謂其性器僅有抵住A女外陰部，並未

01 插入達性交程度等語，指摘原判決有適用法則不當及理由不  
02 備，並非適法之第三審上訴理由。

03 四、刑事訴訟法第163條已揭載調查證據係由當事人主導為原  
04 則，法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明  
05 瞭仍有待釐清時，始得斟酌具體個案之情形，予以裁量是否  
06 補充介入調查。又刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之  
07 證據，必證據與待證事實具有密切關聯性，而客觀上具有調查  
08 之必要性者而言，如已不能調查，或待證事實已臻明瞭，  
09 無再調查之必要者，法院未為調查，即不能指為有應調查之  
10 證據而不予調查之違法。本件依原判決犯罪事實之認定及其  
11 理由之說明，既已載認上訴人前開犯罪事證明瞭，且於原審  
12 辯論終結前，上訴人及其原審選任辯護人並未爭執卷內性影  
13 像照片有何模糊不清或難以辨識之處，亦未聲請勘驗性影像  
14 影片，則原審未為其他無益之調查，於法無違。上訴意旨泛  
15 稱原審未依職權勘驗性影像影片，以調查釐清上訴人之陰莖  
16 是否確已進入A女之陰道口，抑或僅有抵住A女之外陰部，並  
17 未插入達性交程度等詞，執以指摘原判決有調查未盡之違  
18 法，亦非合法上訴第三審之理由。

19 五、刑之量定，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，苟其  
20 量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列  
21 情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、  
22 比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情  
23 形，自不得指為違法。本件原判決已具體審酌關於刑法第57  
24 條科刑等一切情狀，在罪責原則下適正行使其刑罰之裁量  
25 權，說明量定關於引誘使兒童製造性影像、對於未滿14歲之  
26 女子為性交各該刑罰之理由，客觀上並未超越法定刑度，亦  
27 與罪刑相當原則無悖，難認原判決有超越法律所規定之範  
28 圍，或濫用其裁量權限之違法情形。又適用刑法第59條酌減  
29 其刑與否，法院本屬有權斟酌決定，當事人自不得以未依刑  
30 法第59條酌減其刑，執為第三審上訴之理由。上訴意旨漫指  
31 原判決未審酌其犯罪手段輕微、犯後態度良好，量刑過重，

01 有情輕法重之虞等語，係就原審裁量職權之合法行使，持憑  
02 己見，任意指摘，仍非合法之第三審上訴理由。

03 六、綜合前旨及其餘上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於  
04 不顧，仍再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據、自由判斷  
05 證據證明力與量刑之職權行使，徒以自己說詞為相異評價，  
06 任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，與法律規定  
07 得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件關於引誘  
08 使兒童製造性影像及對於未滿14歲之女子為性交部分之上訴  
09 違背法律上之程式，俱應予駁回。又原判決關於拍攝兒童性  
10 影像之諭知相關沒收部分，原審既認係上訴人犯拍攝兒童性  
11 影像罪之附著物及工具，依裁判時之兒童及少年性剝削防制  
12 條例第36條第6項、第7項前段之規定為沒收之諭知，尚無不合，  
13 上訴意旨亦未指摘原判決關於此部分沒收有何違法，應  
14 併予駁回。

15 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第398條第1款、第395條前  
16 段，判決如主文。

17 中 華 民 國 114 年 1 月 2 日

18 刑事第二庭審判長法 官 徐昌錦

19 法 官 林海祥

20 法 官 江翠萍

21 法 官 張永宏

22 法 官 何信慶

23 本件正本證明與原本無異

24 書記官 陳廷彥

25 中 華 民 國 114 年 1 月 3 日

26 附錄本案論罪科刑法條

27 修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項

28 拍攝、製造兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性  
29 慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處1年以上7年以下有期徒刑，  
30 得併科新臺幣1百萬元以下罰金。