最高法院刑事判決

114年度台上字第1910號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官廖舒屏

被　　告　周明福

上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國113年11月26日第二審更審判決（113年度侵上更一字第35號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署111年度偵字第1436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。本件原審經審理結果，以第一審未就被告周明福所犯如原判決附表（下稱附表）一編號4、5、8、10、11所示之以其他違反本人意願之方法，使兒童、少年被拍攝猥褻行為電子訊號等5罪適用刑法第59條酌減其刑，有所不當，因而撤銷第一審針對被告所犯上開5罪（編號4、5均相競合犯成年人故意對兒童犯無故以錄影竊錄他人身體隱私部位罪、成年人故意對兒童犯趁機猥褻罪，編號8、10均相競合犯成年人故意對兒童犯無故以錄影竊錄他人身體隱私部位罪）之量刑部分判決，改判均依刑法第59條規定酌減其刑後，分處如附表一「本院（按即原審）審理結果」欄編號4、5、8、10、11所示之各宣告刑，並與駁回上訴部分（即附表一編號1至3）所處之刑，定其應執行有期徒

刑7年。已詳述其憑以認定量刑之依據及理由，核其所為之論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決關於此部分尚無足以影響其判決結果之違背法令情形存在。

二、檢察官上訴意旨略以：被告所犯附表一編號4、5、8、10、11所示罪行，均係兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項以其他違反本人意願之方法，使兒童或少年被拍攝猥褻行為之電子訊號罪，其最輕本刑為有期徒刑7年以上，而該條例之立法目的乃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。再依具有國內法效力之聯合國兒童權利公約第34條之規定，應保護兒童免於所有形式之性剝削及性虐待，並防止剝削利用兒童從事色情表演或作為色情之題材。故我國立法機關對於行為人以違反本人意願之方法，使兒童、少年被拍攝猥褻行為之電子訊號之犯行，顯係基於上開規定，並考量兒童及少年性影像複製流通之可能性、對兒童及少年之身心戕害甚鉅等情，對是類特定犯罪設定較高之法定本刑。然原判決卻未深究上開立法目的以及聯合國兒童權利公約、兒童權利公約施行法之意旨，即自行比較兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之規定及刑法加重強制性交、加重強制猥褻等規定，認本案被告所涉之罪之法定刑明顯過重，逕依刑法第59條酌減其刑，並據以定應執行刑，其此部分適用法律顯有違誤。又徵諸被告本案犯罪情節，係多次利用照顧甲女、乙女、丙女等3名遠親幼女之機會，趁其等熟睡時擅自拉開各幼女內褲偷拍下體或臀部，於其中數次並以生殖器摩擦甲女之外陰部而為猥褻行為，被告身為甲女、乙女、丙女之遠親長輩，卻將甲女、乙女、丙女當作被告性慾發洩之對象，嚴重影響甲女、乙女、丙女之身心健全發展，且本案被告犯行對甲女、乙女、丙女所造成之重大影響，除於原審提出書狀陳述審詳，並有丙女於醫院身心醫學科診斷證明書附卷可稽，足見本案被告犯罪情節惡劣，對於甲女、乙女、丙女造成難以磨滅之身心傷害。況參以卷附被告之刑案資料查註紀錄表，其前於民國91年間即因對於未滿

14歲之女子為性交行為，經法院判處有期徒刑5年確定，顯見被告前即因性侵害未成年人經法院論罪科刑，仍不知悔改而再犯本案，是綜衡全卷事證，實難認被告有何特殊之犯罪原因與環境，在客觀上足以引起一般人同情而有可憫恕之情狀，原判決逕適用刑法第59條規定就前揭各罪均予酌減其刑，並據以定應執行刑，亦有理由欠備之違法等語。

三、惟查：刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，如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，以為第三審上訴之理由。又刑法第59條規定之酌量減輕其刑，亦屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，如審酌結果認應適用刑法第59條規定予以減輕，尚難認有適用法則不當之違法。蓋量刑輕重既為法院自由裁量之職權，基於尊重法院裁量之專屬性，對其裁量宜採取較低之審查密度，如其量刑未有逾越法定刑之範圍，或恣意濫用其權限，即不得據為第三審上訴之理由。原判決依審理結果，已以被告之責任為基礎而為酌量，並詳予說明：兒童及少年性剝削屬複合式犯罪行為，其立法方式係將散見在各刑罰規定中之犯罪態樣（如妨害性自主、妨害秘密、妨害風化、妨害自由），以兒童及少年為保護主體，統合化整為單一之法律規範，兼採行政管制措施與刑罰處罰規定之方式，使兒童及少年之性剝削犯罪，得由行政上之主管機關分層負責，刑罰上則以保護兒童及少年免於遭受性剝削為核心概念，將原已存在於刑法中之犯罪類型歸類、整合、延伸或擴張，用以符合聯合國兒童權利公約第34條之意旨。惟刑法就各別犯罪類型，亦有以兒童或少年為特別保護對象之立法規定，其立法目的同樣在於保護兒童及少年，然如於個案中，行為人之犯罪類型與原刑法所定之犯罪並無重大差異，則於刑罰之量處上，仍應考量適用不同法規範處罰結果之平衡性，避免產生高度之落差而違反比例原則。而兒童及少年性剝削防制條例就以強暴、脅迫等方式拍攝猥褻之

性影像行為，另於第36條第3項設有處罰規定，其法定刑為7年以上有期徒刑（得併科罰金），較諸相關刑法之類似規定，均明顯提高法定最低刑度，固有其保障兒童及少年之立法目的，惟如有刑罰輕重顯然失衡之情況，應有刑法第59條酌減其刑規定之適用，以求平衡不同法規範體系間之刑罰落差。本件附表一編號4、5、8、10、11部分之犯行，除編號4、5部分有同時對被害人甲女為猥褻行為之事實外，其餘部分均僅有拍攝猥褻電子訊號之事實，且被告係以違反意願之手段為之，相較於強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術等手段，其犯罪情節相對較輕，然適用本罪結果，法定最低刑度卻與刑法第222條第1項第2款之對未滿14歲男女強制性交罪相同，以被告之犯罪手段、犯罪所生危害與行為本身之惡性而言，實難相提併論，而有明顯過重致違反比例原則之弊，乃就被告所犯此部分各罪，均依刑法第59條規定酌減其刑，以資衡平等旨。復審酌被告附表一編號4、5之犯行另有對被害人猥褻之行為、本件被害人達3人，犯罪時間延續較久，斟酌刑罰矯正惡性及社會防衛功能等因素，併就附表一編號4、5、8、10、11之罪與編號1至3之罪，定其應執行有期徒刑7年。經核原判決已就如何認被告上開各罪之犯罪情狀，縱科處法定最低度刑猶嫌過重，及如何定其應執行刑詳予說明其理由，核均為原審量刑裁量之適正行使，尚難認有逾越法律規定，或濫用其裁量權限之情形。檢察官上訴意旨執此指摘違法，係對原判決合法行使量刑職權而為指摘，非屬適法之第三審上訴理由。

四、綜上，檢察官上訴意旨並未依據卷內具體訴訟資料，指摘原判決此部分刑之量定有何違背法令之情形，而係就原審量刑職權之行使及已說明事項，再為爭執，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

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　　114　　年　　5　　月　　22　　日

刑事第三庭審判長法　官　林立華

法　官　王敏慧

法　官　李麗珠

法　官　陳如玲

法　官　莊松泉

本件正本證明與原本無異

書記官　李淳智

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　26　　日