最高法院刑事判決

114年度台上字第2477號

上　訴　人　臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官楊慶瑞

被　　告　黃隆祥

選任辯護人　廖顯頡律師

上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國114年2月26日第二審判決（114年度侵上訴字第3號，起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署113年度偵字第13062號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

上開撤銷部分，其中原判決附表編號3所示部分，發回臺灣高等法院高雄分院。

理　由

一、原判決以第一審判決所認定被告黃隆祥有如第一審判決事實欄（下稱事實欄）一之㈢（第一審判決附表〈下稱附表〉編號3）所載之犯行，以及所犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之違反意願使少年被拍攝性影像罪，因而撤銷第一審此部分所處之刑及所定應執行刑（包含未據第二審審判之附表編號1、2、4、5所示之罪）部分之判決（被告明示僅就附表編號3所示犯行量刑之一部上訴），改判量處被告有期徒刑5年，以及與未經上訴之各罪所處之刑合併定應執行有期徒刑8年6月，固非無見。

二、惟按：

㈠兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項至第5項所列之罪，依其文義及體系解釋，乃依行為人對被害人施加手段之強弱，以及被害人自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刑之適當調節機制以資衡平，為層級化規範，使規範密度周全，以達保障兒童及少年權益之立法目的，並符罪刑相當原則、比例原則之憲法要求。倘行為人採行之手段，已達強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法而為之者，則屬該條第3項之罪。再者，立法者為避免兒童及少年成為性影像之拍攝對象，特別以兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之「違反本人意願之方法」規定加以處罰，屬立法形成之自由，防杜拍攝、製造兒童或少年的性影像，而侵害兒童、少年身心健全發展的基本人權立法目的下，難認與同條項其他「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術」規定相較，有違反比例原則。

又刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，必其犯罪另有特殊之原因、環境或背景，在客觀上足以引起一般之同情，且於法律上別無其他應減輕或得減輕其刑之事由，認即予以宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。至被告犯罪之手段、動機、目的等犯罪情節等事項，僅屬刑法第57條所定在法定刑範圍內量刑時應予審酌之事項，苟非其犯罪具有特殊原因、環境或背景，在客觀上足堪憫恕者，尚難適用刑法第59條酌量減輕其刑之規定。

原判決說明：兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項未詳予區分同類犯行對於本罪保護法益侵害程度之差異，概以7年以上有期徒刑相繩，對違法情節輕微之個案不免有罪責不相當。審酌被告將視訊過程截圖及竊錄，未直接對被害人A女（真實姓名、年籍詳卷）施加不法侵害，事後未對外散佈流通，對被害人身心侵害程度，相較於同條項所定強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術等方式明顯為輕。至於被告先前所犯相類案件既經判處罪刑在案，不應重複評價。綜合本件被告犯罪情狀，倘科以法定最低度有期徒刑7年，仍嫌過重，顯有可堪憫恕之處，依刑法第59條規定，酌減其刑之旨。惟原判決又說明：被告利用被害人年幼、違反意願使其被拍攝

性影像，對被害人身心造成相當程度傷害等語，而為量刑。則原判決就被告適用刑法第59條規定酌減其刑，以及於科刑時所審酌之犯罪情狀，對於被害人所造成傷害，前後所為說明，已見齟齬不合。況兒童及少年之心智發展未臻成熟，違反其意願拍攝性影像之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。依上揭法條保護兒童及少年「免於從事任何非法之性活動」之基本人權立法意旨，則「違反被害人意願拍攝性影像」之行為，受非難之程度如何不及於使用強暴、脅迫、藥劑、詐術之方法？得否適用刑法第59條規定酌減其刑？殊值研求。原審遽予酌減其刑，致檢察官上訴意旨執以指摘，難招折服，有調查職責未盡及理由欠備之違法。

㈡上訴得對於判決之一部為之；對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限；上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第1項至第3項分別定有明文。此規定係為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔而設，以限定第二審之審判範圍。於當事人明示僅就數罪中之部分犯罪事實（含刑、沒收及保安處分）、刑、沒收或保安處分之一部提起上訴，未上訴部分即不在上訴審審判範圍，如上訴審對於數罪中未上訴之犯罪事實（含刑、沒收或保安處分）、就量刑、沒收或保安處分部分上訴所依附之犯罪事實併為審判，該部分即有未受請求之事項予以判決之違法。

卷查，被告出具「刑事上訴聲明狀」提起第二審上訴，雖記載「……上訴人不服該判決『全部』內容，……於法定期間內聲明上訴，理由容後補呈……」（見原審卷第7頁），惟其所提出「刑事上訴理由狀」，係記載「第一審判決對於事實之認定存在疏漏，導致對被告之量刑過重」等語，以及針對事實欄一之㈢所示犯行，所犯違反意願使少年被拍攝性影像之罪表明第一審之量刑過重，應適用刑法第59條規定酌減

其刑等情（見原審卷第11至15頁）。又被告於原審審理時，陳述：我僅就事實欄一之㈢部分之量刑，提起上訴，對於事實欄一之㈠、㈡、㈣、㈤部分，「撤回上訴」等語，並出具「撤回上訴聲請書」（見原審卷第120、127頁），可見被告已表明僅就附表一編號3所示違反意願使少年被拍攝性影像罪所處之刑上訴，並就附表一編號1、2、4、5所示之罪刑部分，撤回上訴，亦即其僅就事實欄一之㈢所示之罪之刑一部提起上訴，而不包含事實欄一之㈠、㈡、㈣、㈤所示犯行所處之刑，以及第一審判決所合併所定之應執行刑。原審之審判範圍，應僅限於事實欄一之㈢所示犯行之量刑。至被告於原審審判期日，就審判長詢問上訴範圍時，陳述：針對事實欄一之㈢之量刑及定應執行刑部分，提起上訴等語，無從變更已確定之上訴及原審審理範圍。然原判決遽予撤銷第一審所定應執行刑，並就第一審關於事實欄一之㈠、㈡、㈣、㈤所示犯行所犯之罪之宣告刑，與原判決關於事實欄一之㈢所示犯行所示之罪之宣告刑，合併定應執行有期徒刑8年6月，有未受請求之事項予以判決之違法。

三、以上，或為檢察官上訴意旨所指摘，或係本院得依職權調查之事項，且上述原判決關於量刑輕重之違誤，已影響量刑事實之確定及法律之適用，本院無從自為判決。應認原判決關於附表編號3所示部分，有撤銷發回更審之原因。至於原判決關於定應執行刑部分，係訴外裁判，應由本院將原判決該部分予以撤銷，已足糾正，不須另行判決或發回更審。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　7　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　林婷立

法　官　洪于智

本件正本證明與原本無異

書記官　杜佳樺

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　12　　日