

最高法院刑事判決

114年度台上字第4043號

上訴人 李昌庭

上列上訴人因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114年5月20日第二審判決（114年度侵上訴字第435號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署113年度偵字第17947、22682號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回（以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像）部分：

一、本件第一審判決認定上訴人李昌庭有如其犯罪事實欄（下稱事實）一、之（一）、（二）所載犯行，論處以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像共2罪刑（事實一、之（二）部分，另想像競合犯對於未滿14歲之女子為猥褻之行為罪），及為相關沒收之諭知。第一審判決後，上訴人明示僅就第一審判決關於量刑部分提起上訴，經原審審理結果，撤銷第一審關於事實一、之（二）量刑及定應執行刑部分之判決，改判量處有期徒刑3年10月，另維持第一審關於事實一、之（一）量刑部分之判決，駁回上訴人對於此部分在第二審之上訴，固非無見。

二、惟科刑判決以事實認定、論罪與科刑、沒收暨保安處分之宣告為其組成部分，在刑事訴訟法第348條（下或稱本條）第3項增訂公布前，我國實務向認事實認定與論罪、科刑及其他法律效果在審判上具有不可分離之關係，無論係就事實認定、論罪或科刑暨其他法律效果之一部聲明上訴，依罪刑不可分原則，其效力均及於全部，第二審法院應全部加以審理

判決，始為適法。惟本條第3項既經增訂公布，本諸立法者尊重當事人程序主體地位暨其所設定攻防範圍之意旨，在不違反本條第2項前段上訴不可分原則規定之前提下，如刑與罪分離審判結果，不致造成判決矛盾、顯然影響於判決之正確性，或為科刑基礎之罪責事實評價明顯違反公平、比例及罪刑相當原則等內部性界限者，第二審法院仍應允許當事人就科刑或其他法律效果之一部上訴（例如僅以不涉及罪責事實之刑法第57條第4款至第7款、第10款等與行為人有關之狹義科刑情狀，或判決後新發生達成和解等與科刑情狀有關之事由，而聲明就科刑一部提起上訴等）。雖犯罪事實部分依罪刑不可分原則仍移審於第二審法院，然第二審法院依刑事訴訟法第366條之規定，及受當事人自主設定攻防範圍之限制，得僅依第一審法院認定之犯罪事實及其論罪與所適用之法律，據以審查其科刑或其他法律效果之結果是否妥適而為判決，以達成訴訟迅速及經濟之目的。反之，如第一審判決有顯然影響於判決之訴訟程序違背法令、重要事實認定暨罪名之論斷錯誤，或第一審判決後刑罰有廢止、變更或免除，或案件有應諭知免訴或不受理判決等顯然違背法令，或對被告之正當權益有重大關係之事項者，則當事人縱僅就科刑或其他法律效果之一部上訴，亦不能拘束第二審法院基於維護裁判正確及被告合法正當權益而釐定審判範圍之職權，第二審法院仍應依本條第2項前段之規定，就與聲明上訴部分具有不可分性關係之部分一併加以審理判決。

三、又兒少關於性事務之自主判斷能力尚未健全，相對於成年行為人而言，復存在資源與能力之落差，而居於不對等權力之弱勢地位。因此，只要成年人對兒少為性之互動或利用（含性相關行為或性影像之拍攝），即屬兒少性剝削之範疇。兒童及少年性剝削防制條例（下稱兒少性剝削條例）第2條第1項第3款關於性影像之兒少性剝削，乃不區別兒少有無意願或決定權，一律加以保護。從而，只要拍攝兒少性影像，就已侵害兒少性隱私與身心健全發展之法益，其行為本身即具

剝削性，而屬本條例禁止之兒少性剝削行為。兒少性剝削條例為落實保護兒少之性隱私與身心健全發展，針對不同之行為方法及不法內涵，於第36條第1項至第4項區別其要件與保護法益，為層級化之處罰（第1項為一般處罰規定，第2至4項則另依不同要件加重處罰），使罪責相當。從法條字面意義解釋，第36條第1項拍攝兒少性影像罪之處罰，並未針對被害人知情與否之主觀狀態，另設要件或限制，只要拍攝兒少之性影像，即符合拍攝兒少性影像罪之一般處罰規定。倘若行為人另有招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法而「促使或助益」兒少性影像拍攝之行為，甚或進一步壓抑、妨害兒少性隱私之意思自由，以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」行之，始依同條第2項或第3項之加重規定處罰。有別於第1項之一般處罰規定，第3項係以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」作為加重要件，其保護之法益，除兒少之性隱私與身心健全發展外，另及於兒少性隱私意思自由，本質上屬雙行為犯。而保護個人意思自由之刑罰法律，關於「強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法」之規定，雖不以類似於所列舉之強暴、脅迫等高度強制行為為必要，低度強制行為亦包含在內，但仍須其行為客觀上足以壓抑或妨害被害人意思自由，始足當之。因此，第36條第3項犯罪之成立，除拍攝兒少性影像之基礎行為外，尚須行為人以該項手段，壓抑或妨害兒少對於拍攝性影像之意思自由，而以不法程度較高之方式侵害其性隱私自主權，方能依第36條第3項之加重規定論處（例如1. 以強暴、脅迫壓抑其意思自由；2. 以藥劑或催眠術等方法造成其認識或意願形成之缺損；3. 以具法益關聯性之詐術不當影響其關鍵決定；4. 營造其無助或弱勢之處境，使之難以、不易、不敢逃脫或抗拒等）。否則，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪，此係本院最近統一之見解。經查：

01 (一)第一審判決事實一、之(一)認定：上訴人為國立成功大學醫學院
02 附設醫院（下稱成大醫院）聘任之放射師，在成大醫院X光
03 室內，利用職務之便，於民國113年5月27日11時10分許，明
04 知被害人A女（代號AC000-S1130070028，000年0月生，姓名
05 詳卷）為未滿12歲之兒童，趁A女術後麻醉藥未完全消退、
06 意識尚未清醒之際，於A女不知情之情形下，持手機拍攝A女
07 裸露下體之性影像畫面；事實一、之(二)認定：於113年6月28日
08 11時10分許，明知被害人B女（代號AC000-S113060012，000
09 年0月生，姓名詳卷）為未滿12歲之兒童，趁B女麻醉藥未完
10 全消退、意識尚未完全清醒之際，未得B女之同意，藉調整B
11 女姿勢以拍攝X光之機會，以手掌壓捏及以手指抓B女之屁
12 股、腋下及靠近胸部處等身體隱私部位，並將B女手術衣拉
13 起及雙腳屈起，持手機拍攝B女之胸部及裸露下體之性影像
14 畫面等情。上情倘若無誤，上訴人對於麻醉藥未完全消退而
15 意識未完全清醒之A女，在A女不知情下以偷拍方式拍攝其性
16 影像，既未施以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，復未在
17 拍攝行為外，另有其他壓抑或妨害其性隱私意思自由，而違
18 反A女本人意願之方法，且因A女對偷拍過程始終不知情而無
19 從為任何意思形成或決定，客觀上亦無壓抑或妨害其性隱私
20 意思形成或決定之作用，是否仍得認上訴人之行為該當於本
21 條例第36條第3項違反本人意願之加重構成要件？

22 (二)依B女於警詢中所陳：個人意識是恢復清醒的，遵從醫生指
23 示由醫院人員推著我跟病床到X光室拍攝X光照，該X光醫事
24 人員（即上訴人）把我的手術衣及被子脫掉，叫我閉上眼睛
25 並把膝蓋拱起來，然後拿出他的手機對我拍照等語（見113
26 年度他字第3839號卷第7至9頁）。倘若屬實，似與第一審判
27 決上揭事實認定B女斯時麻醉藥未完全消退、意識尚未完全
28 清醒，由上訴人將其雙腳屈起等情未盡相符。究竟上訴人是
29 否僅有拍攝之基礎行為？抑或於明知B女意識清楚之狀態
30 下，利用B女因在密閉之X光室內，身體仍因麻醉作用尚未完
31 全恢復，及配合拍攝X光之弱勢處境下，任由上訴人將其衣

01 被褪去，並要求其閉眼、膝蓋拱起以利其拍攝，而有實行其
02 他違反B女意願之方法？所為是否屬於營造無助或弱勢之處
03 境，使B女難以、不易、不敢或抗拒，而壓抑或妨害B女之性
04 隱私意思自由？又上訴人猥褻部分犯行，依B女當時之意識
05 情形及上訴人有無違反B女之性自主意思自由，暨其實行猥
06 褻之方法及程度，是否仍應論以刑法第227條第2項對於未滿
07 14歲之女子為猥褻行為罪？仍有研求之餘地。

08 (三)以上疑點攸關上訴人對A女、B女所為，究係成立本條例第36
09 條第1項或第3項罪名及其法定刑，暨對B女猥褻犯行部分罪
10 名之判斷，顯然影響於上訴人之權益。上訴人雖僅就刑之一
11 部上訴，惟依上開說明，原審仍應就第一審事實一、之(一)、(二)
12 所示之事實及罪名，併予審理論斷，方屬適法，乃原判決未
13 併予審究，僅以第一審判決所認定之事實及罪名為基礎而為
14 量刑一部上訴之審理，於法自屬有違。

15 四、綜上，上訴意旨指摘原判決關於此部分違法，為有理由。而
16 原判決上開違背法令之情形影響於事實之確定，本院無從據
17 以為裁判。為維持國家刑罰權之正確行使及審級利益，應認
18 原判決此部分有撤銷發回更審之原因。

19 貳、上訴駁回（無正當理由持有兒童及少年之性影像）部分：

20 一、按刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判
21 決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不
22 受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被
23 告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法
24 院，為該條項所明定。

25 二、第一審判決事實二部分，係論處上訴人犯修正前兒少性剝削
26 條例第39條第1項之無正當理由持有兒童及少年之性影像罪
27 刑。上訴人明示僅就量刑部分提起上訴，經原審審理結果，
28 認第一審判決此部分之量刑尚屬妥適，因而予以維持，駁回
29 上訴人在第二審之上訴。查上訴人所犯上開無正當理由持有
30 兒童及少年之性影像罪，係屬刑事訴訟法第376條第1項第1
31 款所定之罪，且未合於同條項但書例外得上訴第三審之要

01 件，依上說明，自不得上訴於第三審法院。上訴人猶對此提
02 起上訴，顯為法所不許，應予駁回。
03 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，
04 判決如主文。

05 中 華 民 國 115 年 4 月 23 日
06 刑事第九庭審判長法官 林英志
07 法官 劉興浪
08 法官 蔡廣昇
09 法官 陳德民
10 法官 許泰誠

11 本件正本證明與原本無異

12 書記官 鄭淑丰
13 中 華 民 國 115 年 4 月 27 日