最高法院刑事判決

114年度台上字第4652號

上　訴　人　馬中原

選任辯護人　馬偉涵律師
　　郭立寬律師
　　鄧又輔律師
上　訴　人　謝妤曈

選任辯護人　陳俊隆律師
上　訴　人　劉瑋晨（原名劉祐良）

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年5月28日第二審判決（114年度上訴字第1045號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署112年度偵字第23298、46121、46122號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於馬中原部分及謝妤曈犯意圖營利而容留少年為有對價之猥褻行為部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即馬中原及謝妤曈犯意圖營利而容留少年為有對價之猥褻行為）部分

一、原判決認定上訴人馬中原、謝妤曈（下或稱馬中原等2人）有如第一審判決犯罪事實欄（下稱事實欄）一所載之犯行明確，因而維持第一審皆依想像競合犯規定，從一重均論處共

同犯兒童及少年性剝削防制條例（下稱兒少性剝削條例）第32條第2項、第1項之意圖營利而容留少年為有對價之猥褻行為各2罪刑（均尚犯同條例第45條第4項、第2項之意圖營利而容留少年坐檯陪酒罪。馬中原所犯2罪，各處有期徒刑4年；謝妤曈所犯2罪，各處有期徒刑3年6月），並分別定其等應執行刑之判決，駁回謝妤曈此部分及馬中原在第二審之上訴（第一審判決就馬中原等2人被訴販賣第三級毒品諭知無罪部分，未據檢察官提起第二審上訴；另就謝妤曈犯持有第三級毒品純質淨重5公克以上所處之罪刑及為相關沒收之宣告，原審駁回謝妤曈就第一審關於此部分刑之上訴，屬不得上訴第三審之案件，謝妤曈亦明示此部分未提起第三審上訴。以上均非本院審判範圍）。固非無見。

二、惟查：

㈠兒少性剝削條例第32條第1項規定：「引誘、容留、招募、媒介、協助或以他法，使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣300萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。」第2項：「意圖營利而犯前項之罪者，處3年以上10年以下有期徒刑，併科新臺幣500萬元以下罰金。」原判決認定馬中原等2人均係犯兒少性剝削條例第32條第2項之意圖營利犯第1項之罪，而第2項法定刑中併科罰金之規定，屬絕對併科罰金刑，法院並無選科之裁量權，乃第一審判決就馬中原等2人所犯上開各罪僅判處如前述之有期徒刑，均未諭知併科罰金，原判決未加糾正而仍予維持，即有判決不適用法則之違背法令。

㈡關於兒少性剝削條例之使兒童或少年（下稱兒少）「為有對價之猥褻行為」或「從事涉及色情之伴遊、伴唱、伴舞」之判斷

1.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。從而，保護兒童及少年『免於從事任何非法

之性活動』，乃普世價值之基本人權」等旨。我國雖非聯合國兒童權利公約簽約國，但於民國103年6月4日公布兒童權利公約施行法（同年11月20日施行），將聯合國兒童權利公約內國法化。嗣兒少性剝削條例於104年2月4日修正公布名稱（原名兒童及少年性交易防制條例）及全文，第1條規定：「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。」立法理由說明：「一、保護兒童及少年免於遭致性剝削，乃普世價值。依據聯合國《兒童權利公約》第34條及《兒童權利公約關於買賣兒童、兒童賣淫和兒童色情製品問題的任擇議定書》，透過利益（如現金、物品或勞務）交換而侵犯兒童少年與其權利，即是對兒童少年之『性剝削』。二、原條文用語『性交易』修正為『性剝削』。」明確規範不容許兒少放棄或處分上述基本人權，以免因任何非法之性活動而遭致性剝削之旨，並確立「性剝削」之概念較「性交易」為廣。又依該條例第2條第1項規定，兒少「性剝削」係指下列行為：⑴使兒少為有對價之性交或猥褻行為。⑵利用兒少為性交或猥褻之行為，以供人觀覽。⑶拍攝、製造、重製、持有、散布、播送、交付、公然陳列、販賣或支付對價觀覽兒少之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品。⑷使兒少坐檯陪酒或涉及色情之伴遊、伴唱、伴舞或其他類似行為。由於兒少關於性事務之自主判斷能力尚未健全，且相對於成年行為人而言，存在資源能力落差，居於不對等權力之弱勢地位，任何以金錢換取兒少提供性活動，或利用兒少欠缺經驗甚至無知，使其獲得不符合期待之對價，或使兒少遭到成人性目的之互動或利用，此等含有在不對等權力地位關係下，對兒少以身體或性自主意識來滿足剝削者權力慾望之性活動，皆屬對兒少之性剝削。

2.兒少性剝削條例第31條、第32條第1項及第33條第1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、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，以達保障兒少權益之立法目的，並符罪刑相當原則、比例原則之憲法要求。故同條例第31條第1項、第2項規定與兒少為有對價之性交或猥褻行為罪，屬基本規定，凡行為人與未滿18歲之人為性交易者均屬之。倘行為人有以引誘、容留、招募、媒介、協助或以他法，促成兒少為有對價之性交或猥褻行為者，則合致於同條例第32條第1項之規定。惟若行為人採行之手段，係以強暴、脅迫、恐嚇、監控、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之方法而為之者，則屬同條例第33條第1項之罪。意圖營利而犯上開之罪者，則依同條例第32條第2項、第33條第2項規定處罰；第32條第5項、第33條第5項，並就各該條前4項之未遂犯定有處罰規定。另同條例第45條係於104年2月4日增訂，原規定為「利用兒童或少年從事坐檯陪酒或涉及色情之伴遊、伴唱、伴舞等侍應工作者，處新臺幣6萬元以上30萬元以下罰鍰，並命其限期改善；屆期未改善者，由直轄市、縣（市）主管機關移請目的事業主管機關命其停業1個月以上1年以下」。嗣於107年1月3日修正公布，將原規定移列為同條第1項，並增訂第2項：「招募、引誘、容留、媒介、協助、利用或以他法，使兒童或少年坐檯陪酒或涉及色情之伴遊、伴唱、伴舞等行為，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣30萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。」第3項：「以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使兒童或少年坐檯陪酒或涉及色情之伴遊、伴唱、伴舞等行為，處3年以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣150萬元以下罰金。」第4項：「意圖營利犯前2項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。」第5項：「前3項之未遂犯罰之。」並自同年7月1日施行（112年2月15日再經修正公布，調高第1項之罰鍰金額，且為避免發生適用疑義，修正第1至3項相關文字）。由此可知，即便同屬兒少性剝削之行為，

立法者仍有意區別「涉及色情之伴遊、伴唱、伴舞」與「有對價之猥褻行為」為不同之行為態樣，並施以寬嚴不同之刑事處罰。

3.刑事法上所稱之「猥褻」，屬評價性之不確定法律概念，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性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恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（司法院釋字第407、617號解釋意旨參照）。「色情」一詞則並非典型法律用語，一般泛指與性有關的內容，用來形容任何與性相關之圖片、影片、言論或行為，屬於內容屬性之描述，包含但不限於猥褻之概念。鑑於性道德感情與社會風化之觀念，常隨時代變遷、教育普及、工商發展而有所變異，具「色情」屬性之資訊或行為，客觀上是否足以刺激或滿足性慾而構成「猥褻」，必須貼合個案事實之發生原因、背景、時間（日間或夜間及其久暫）、空間（開放或密閉、有無第三人在場）、互動方式與限制、乃至當事人穿著及彼此所處相對位置等行為脈絡，並審酌風俗民情、祭典文化等社會因素而為整體觀察。相同內容或舉措之色情資訊或行為，因個案之人、事、時、地、物等背景脈絡相異，是否引起羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，尚難一概而論。

4.原判決引用第一審判決所援引本院另案判決見解略以：相同之法律用語（猥褻行為），因兒少性剝削條例與刑法各自規範目的不同，為符合前者乃為防制兒少遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展之立法本旨與價值取向，自應依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涵，即學理所稱之「法律概念相對性」，以調和使整體法律規範之適用結果，符合法秩序整體一致性及法價值體系間之和諧，俾利實現兒少性剝削條例之核心規範保護目的，兼維護刑法之安定性等語（見第一審判決第8頁）；並引用第一審判決認定之事實及理由，係以馬中原等2人共同意圖營利，媒介、容留未滿18歲之A1、A2（人別資料均詳卷）在

「夏豪娛樂行館」酒店（下稱本案酒店）坐檯陪酒，並提供「秀舞」即跨坐在酒客大腿上磨蹭、跳舞之服務，使A1、A2為此等猥褻行為，以吸引顧客登門消費，因認馬中原等2人有使少年為有對價之「猥褻」行為。惟「跨坐在大腿上跳舞」之行為，跳舞者之大腿內側等私密部位不可避免會與對方之身體或大腿等處產生頻繁接觸、摩擦一節，本不因時間、地點、場合或跳舞者年齡而有異，如何認定A1、A2之「秀舞」行為必然該當「猥褻」行為，而非「涉及色情之伴舞」，仍應依卷內相關事證，循前述說明及兒少性剝削條例為防制兒少遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展之立法本旨與價值取向，妥為權衡判斷，並敘明其認定所憑之依據。關於馬中原等2人辯以「跨坐在大腿上跳舞」之行為常見於地方傳統廟會之秀舞女郎或成人展展場之showgirl，且不論演藝界或表演場所均不乏見，從未被論以公然猥褻罪，主張上開「秀舞」並不該當「猥褻」行為，至多僅構成「涉及色情之伴舞」一節。原判決引用之第一審判決理由係以：「秀舞」過程中，酒店小姐之大腿內側等私密部位不可避免會與酒客之身體或大腿等處產生頻繁接觸、摩擦，接觸部位、頻率顯非僅止於單純伴舞之程度，且行為之場域係處於燈光昏暗、旁人無從輕易察見狀況，該「秀舞」服務屬極具性暗示意涵之行為，依一般社會通念，可與性器官及性文化之描繪相聯結，並足以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情等語（見第一審判決第10至11頁）。然坊間聲色場所常見帶有性暗示、涉及色情之伴唱、伴舞，僅就本案「秀舞」行為之空間地點一節，如何認定即已該當足以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情之「猥褻」行為，而非「涉及色情之伴舞」？原判決未就此釐清，即有可議。又原判決僅略稱：一般傳統廟會或成人展展場或有類似行為，然其時間長短及互動限制與本案秀舞或有不同，本難相互比擬，縱有未受裁罰之案例，亦難反推本案秀舞必非猥褻行為等語（見原判決第9頁）。但依A2於偵查及第一審

之證言：「（問：秀舞一節大約多少時間？）秀舞一節是剛進去的時候跨坐在客人身上一首歌，之後前來倒酒，跟客人聊天」、「（妳秀舞的時間有多長？）大約一首歌的時間」（見112年度他字第1902號卷〔下稱他卷〕一第104頁、第一審卷二第22頁），此與一般傳統廟會或成人展展場之互動時間有何不同？所謂互動限制之差別何在？原判決未詳予論述說明如何在此標準下區辨「猥褻」與「涉及色情之伴舞」，理由亦欠完備，難昭折服。

㈢依原判決引用第一審判決認定之事實，係以馬中原等2人明知A1、A2均為未滿18歲之少年，竟為招攬生意，增加男客至本案酒店消費意願，共同意圖營利，分別自111年12月起至112年2月初止雇用A1，自112年1月底起至同年4月28日（為警搜索查獲日）止雇用A2，媒介、容留A1、A2在本案酒店坐檯陪酒，並提供「秀舞」即跨坐在酒客大腿上磨蹭、跳舞之服務，使其等為此等猥褻行為，以吸引顧客登門消費。因認馬中原等2人於上開時間，意圖營利而容留少年為有對價之猥褻行為，並據以論罪科刑。惟A2於偵查中經檢察官詢以：「你在夏豪行館大約工作多久？期間為何？」A2答：「大約2-3個月。正式開始開始是2月1日，前面在1月底的時候有試做3天」；檢察官再詢以：「一開始的工作內容為何？」A2答：「喝酒，然後陪客人，有做到音樂桌，音樂桌是毒桌，之後有秀舞」等語（見他卷一第104頁），核與其於第一審審判程序證稱一開始在本案酒店工作時，先單純陪酒，差不多2個月後才開始做「秀舞」等語（見第一審卷二第23頁）之先後時序相符。上開A2之陳述倘若無誤，馬中原等2人媒介、容留A2為「秀舞」之有對價猥褻行為的犯罪時間，似與前述「自112年1月底起至112年4月28日止」之雇用期間有別。原判決未就卷內事證詳予勾稽比對，逕以A2受雇期間作為馬中原等2人媒介、容留A2為有對價猥褻行為之時間，其所認定之事實與卷內證據不符，亦非允當。

三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且前揭違法情形，影響事實之確定及法律之適用，且關乎當事人之科刑辯論權，為維護當事人之審級利益，本院無從據以自行判決，應認原判決關於馬中原部分及謝妤曈犯意圖營利而容留少年為有對價之猥褻行為部分，有撤銷發回更審之原因。至於原判決認其等想像競合犯意圖營利使少年從事坐檯陪酒罪，雖屬刑事訴訟法第376條第1項第1款不得上訴於第三審法院之案件，但因與上開經發回部分有想像競合犯之裁判上一罪關係，基於審判不可分原則，應併予發回。

貳、上訴駁回（即劉瑋晨）部分

一、本件原審以上訴人劉瑋晨經第一審論處犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品共3罪刑，並定應執行刑及為相關沒收宣告後，明示僅就第一審判決之刑提起上訴，經原審審理結果，維持第一審之量刑，駁回劉瑋晨在第二審之上訴。已詳述審酌所憑之依據及裁量之理由。

二、上訴意旨略以：

㈠劉瑋晨販賣毒品之對象都是同一職場即本案酒店內的同事黃詩瑀、葉蓉、謝妤曈，並未販賣予來店客人。其提供毒品予黃詩瑀等人，彼等都是在酒店內下班後紓壓使用，而非再販售或轉讓他人，且販賣時間分別為112年4月16日至18日、4月27日，具有密接性，販售及提供地點都在本案酒店內，與一般毒品交易以不特定多數人為對象、容易造成毒品散布之情況不同，客觀上屬密切接近之時地實行，侵害相同法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，其行為相當於提供工作場所的用品，視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價者，較為合理。原判決未就各行為間可能屬於一行為之評價為探究，有判決不備理由之瑕疵。

㈡量刑應充分考量行為人本身的人格特性及刑罰經濟原則，過重的刑罰反而無法達到教化目的，更可能違反比例原則，是判決理由應就最終決定之量刑不至於過重為一定之說明。原

判決以劉瑋晨行為屬於犯罪行為，認不宜輕縱，但刑法第59條規定在適用上本就以有罪判決為前提，如果犯罪行為可以當成不適用上開規定之理由，而非就行為人最終遭宣告刑度與其人格家庭狀況、刑罰經濟性等為比較，恐與本條規定意旨相違等語。

三、第一審就劉瑋晨判處罪刑，其不服提起上訴，明示僅就第一審判決之刑聲明不服，原審因而只針對其提起第二審上訴請求救濟之刑之相關事項，以第一審論斷認定之事實與罪名，作為罪責判斷即科刑之評價基礎。而罪數評價，涉及主觀犯意（單一或分別起意）之事實認定，實質上無從與犯罪事實分割審判，以免導致判決矛盾、錯誤或窒礙之情形。上訴意旨㈠核係就第一審已判決確認，且未據提起第二審上訴表示不服，非屬第二審審理範圍之犯罪事實（關於罪數）部分，於提起第三審上訴時，再為爭執主張，並非第三審上訴之適法理由。

四、刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑仍嫌過重者，始有其適用。此屬事實審法院得依職權裁量之事項。關於本件有無前述規定之適用一節，原判決審酌劉瑋晨之犯罪情狀，認與上開規定之要件不合，已敘明不予酌減其刑之依據及理由，且非以有罪認定為其不適用上開規定之前提，無違法可言。又刑之量定，屬事實審法院得依職權裁量之事項。原審於量刑時，適用毒品危害防制條例第17條第2項自白規定減輕其刑後，已以劉瑋晨之責任為基礎，具體斟酌刑法第57條科刑等一切情狀，在罪責原則下行使裁量權，而為刑之量定。核其量定之刑，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，亦無量刑畸重之裁量權濫用，無悖於公平、比例原則及罪刑相當原則。屬原審關於量刑裁量職權之適法行使，尚無違法可指。上訴意旨㈡係就原審量刑職權之適法行使及原判決已斟酌說明之事項，依憑己意而為指摘，亦非合法之第三審上訴理由。

五、依上所述，劉瑋晨之上訴違背法律上程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　29　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　楊智勝

法　官　高玉舜

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

本件正本證明與原本無異

書記官　林怡靚

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　4　　日