最高法院刑事判決

114年度台上字第6107號

上　訴　人　楊皓鈞

選任辯護人　蔡承翰律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國114年7月30日第二審判決（113年度上訴字第6831號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署112年度偵字第25017號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於第一審判決附表一編號1至4部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

甲、撤銷發回（即原判決關於第一審判決附表一編號1至4）部分：

一、本件原判決以第一審判決所認定上訴人即被告楊皓鈞（下稱被告）有如第一審判決事實欄（下稱事實欄）一之㈠至之㈣所載以違反本人意願之方法，使兒童被拍攝性影像之犯行，以及所犯罪名。因而撤銷第一審關於其事實欄一之㈠及之㈣所示犯行所處之刑部分之判決，改判依序處有期徒刑4年、4年（檢察官及被告均明示僅就此量刑一部上訴）。並維持第一審關於事實欄一之㈡及之㈢所示犯行所處之刑部分之判決，駁回檢察官及被告明示僅就此量刑一部，所為第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

㈠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、其事實認定關於應成立之罪名明顯論斷錯誤，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情形者，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部分一併加以審理、判決。

又行為人未施強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術，而以偷拍方式，對不知情之兒童或少年拍攝性影像時，因刑法妨害性隱私罪保護之主要法益係「個人性隱私」，處罰模式係以「未經同意」為基本要件，另以「強制（或違反意願）」為加重要件，與妨害性自主罪之保護法益與處罰模式有別，所謂「未經同意」，僅「未表達同意」，泛指未有合意之所有

情狀，非以強制或違反意願之手段為要件，本質上不是以意思自由之侵害作為處罰對象，而「強制（或違反意願）」則指壓抑或妨害個人意思自由而言，且依兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）第36條兒童或少年（下稱兒少）性影像犯罪之條文結構與修正之立法目的，已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），第1項之「拍攝兒少性影像罪」，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，其適用並未排除偷拍兒少性影像之情形，參酌同條第3項「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」之加重處罰規定（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），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，為「雙行為」犯，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意思自由之作用，始足當之，否則，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪。再本條例經歷次修法，已大幅提高第36條第1項拍攝兒少性影像罪之法定刑（法定刑為1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以上100萬元以下罰金），其適用結果，本可視個案情節酌量適當之刑。行為人未施強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術，而以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，客觀上既無壓抑或妨害兒少意思形成或決定自由之作用，不符合第36條第3項之構成要件；若未另有同條第2項或第4項之其他非法行為或營利意圖，應依同條第1項之規定論處。此為本院最近統一之見解。

㈡卷查，依第一審判決就事實欄一之㈠至之㈣所認定犯罪事實為：被告分別於民國111年1月起至111年12月間之不詳時間、於111年9月7月某時，在臺北市某補習班分校（完整名稱及地址均詳卷）內，以手機開啟錄影功能或以所購買之錄影筆之不詳工具，分別自被害人甲童、乙童、丙童、丁童等4名女童（代號依序為：AW000-S112060011、AW000-S112070004、AW000-S112070005、AW000-S112070006，均係未滿12歲之兒童，真實姓名、年籍均詳卷）之裙底正下方，往上竊錄各該女童大腿及身著內褲之影像1次，以此違反上開女童意願之方法，使上開女童被拍攝性影像等情，並說明：被告利用本件女童「不知」被拍攝之狀態，符合本條例第36條第3項所定「違反本人意願之方法」之要件等語。關於事實欄一之㈠至之㈣所示犯行，第一審判決已認定甲童、乙童、丙童、丁童均係於「不知情」之狀況遭偷拍，而無從為任何意思形成或意思決定，客觀上並無壓抑或妨害其性隱私意思形成或決定之作用，且第一審判決未認定被告有施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，或有無在拍攝行為外，另以其他手段壓抑或妨害兒少之性隱私意思自由，客觀上有壓抑或妨害兒少性隱私意思形成或決定之作用之情形，則被告此部分行為，似未符合本條例第36條第3項所定構成要件。此攸關被告對各該女童所為，得否成立本條例第36條第3項之罪名之判斷，事涉國家刑罰權之正確行使，且顯然影響於被告之重大權益。檢察官及被告雖僅就刑之一部上訴，惟依上開說明，原審仍應就事實欄一之㈠至之㈣所示之犯罪事實及所犯罪名，併予審理、判決，方屬適法。乃原判決未併予審究，僅以第一審判決關於事實欄一之㈠至之㈣所認定之犯罪事實及所犯罪名為基礎，而為量刑一部上訴之審理、判決，於法自屬有違。

三、上訴意旨指摘原判決關於此部分違法，均為有理由。且原判決上開違誤，影響於事實之確定及法律之正確適用，本院無

可據以為裁判，應認原判決關於第一審判決附表一編號1至4部分，均有撤銷發回更審之原因。

乙、上訴駁回（即原判決關於第一審判決附表一編號5）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，具體指摘判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘判決違法情事，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、本件原判決以第一審判決所認定被告有如事實欄一之㈤所載犯行，以及所犯罪名。因而撤銷第一審關於其附表一編號5所處之刑部分之判決，改判處有期徒刑4年6月。已說明第一審就此之量刑不當，應予撤銷改判以及其量刑之理由。

三、上訴意旨略稱：

㈠被告對甲童僅係單純偷拍，其所為不符本院114年度台上字第1405號判決所闡述，亦即依本院刑事大法庭114年度台上大字第1405號裁定就本條例第36條第3項之構成要件所採之統一見解。又被告縱有拍攝被害人甲童如廁一情，仍不排除未拍到所謂性影像。原判決逕認被告成立本條例第36條第3項之罪且為既遂，而為量刑，有適用法則不當之違法。

㈡依被告已與甲童之法定代理人達成民事上和解，並依和解內容給付完畢，且獲得原諒等情，原審於量刑時未詳加審酌上情，且未詳酌刑法第57條各款所列量刑輕重應審酌之事項，致所為量刑過重，違反罪刑相當原則及比例原則，並有理由不備之違法。

四、經查：

㈠刑事訴訟法第348條第3項規定，容許上訴權人僅針對判決之刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之犯罪事實認定、論罪部分，原則上不在上訴審之審查範圍。因此，

若以就第二審設定上訴攻防範圍以外之部分，據為提起第三審上訴之理由，即與當事人自行設定攻防範圍之旨有違，且架空第二審之審查機制，亦與審級制度之目的不合，自非適法之第三審上訴理由。

卷查，第一審判決事實欄一之㈤所認定之犯罪事實為：被告於臺北市某補習班分校（名稱及地址均詳卷），先後擔任英文助理教師及英文授課老師，明知學生甲童係未滿12歲之兒童。被告於111年12月21日19時許，在上開補習班1樓「員工專用廁所」（下稱廁所）內，向甲童「佯稱」：在廁所內玩英文單字卡遊戲等語，其遊戲方式為：被告在廁間地面上鋪設衛生紙，在左側牆面上張貼英文單字卡，甲童面對該牆壁蹲在衛生紙上方如廁，臀部面對被告所在之廁間，於如廁過程中答覆英文單字。甲童依指示如廁，被告即以手機開啟錄影功能，自隔壁廁間以手機背面朝上之平放方式，穿越廁間隔間牆壁下方縫隙，自甲童後下方竊錄甲童如廁之影像，使甲童被拍攝性影像。又被告接續於同日19時26分至36分間，命甲童依指示蹲在前開廁間地面上如廁，以同一方式，竊錄甲童如廁之影像，使甲童被拍攝性影像等情。可見依第一審判決所認定之犯罪事實，被告係先對甲童施以「玩英文單字卡遊戲」之詐術，誘使甲童依其指示脫褲如廁，被告再拍攝甲童如廁之性影像。換言之，被告係以具法益關聯性之「詐術」，不當影響甲童關鍵決定，且此客觀上足以壓抑、妨害甲童意思形成及決定自由之作用，使甲童陷於錯誤，而違反其意願，進而拍攝甲童之性影像。乃有施用「詐術」及「偷拍」之雙行為，符合本條例第36條第3項之構成要件，並無前揭所謂「事實認定關於應成立之罪名明顯論斷錯誤」之情形。

原判決已說明：檢察官及被告均明示僅就第一審判決關於此量刑之一部上訴，而不包括第一審判決所認定之犯罪事實、所犯罪名，依刑事訴訟法第348條第3項規定，應僅就第一審判決之量刑審理，其他部分則非審理範圍之旨。而此部分並

無第一審判決就「事實認定關於應成立之罪名明顯論斷錯誤」，而有前述一部上訴其效力及於全部之情形。原判決僅就檢察官及被告對第一審判決此量刑之一部上訴而為審理，依上開說明，於法並無不合。至上訴意旨所引據上開本院統一見解，其案例事實（被告於書局、便利商店等處，對於未滿12歲兒童或12歲以上未滿18歲少年，竟分別基於拍攝兒少性影像之犯意，先後6次手持行動電話伸向被害人之裙底或短褲下方，由下往上拍攝，而著手對前述不知情之兒少拍攝裙底或短褲內之臀部或其內褲包覆之性影像等情，並未施強暴、脅迫、藥劑、「詐術」、催眠術，復未在拍攝行為外，另以其他手段壓抑或妨害兒少之性隱私意思自由；且因被害人對偷拍過程始終不知情而無從為任何意思形成或決定，客觀上亦無壓抑或妨害兒少性隱私意思形成或決定之作用）。與事實欄一之㈤所載之具體案例事實，既有不同，尚難執以指摘原判決關於此部分違背法令。此部分上訴意旨略以：被告就第一審判決事實欄一之㈤所示犯行，應非犯本條例第36條第3項之罪，以及被告拍攝甲童如廁犯行，不排除拍攝未拍到性影像云云，猶就有無犯罪事實及所犯罪名，再行爭執，並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決僅就量刑部分為審理，有何違背法令之情形，顯與法律規定得為第三審上訴理由之情形，不相適合。

㈡量刑輕重之酌定，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘未逾越法律所規定之範圍，又未違背罪刑相當原則，即不得任意指摘為違法。

原判決說明：關於被告如事實欄一之㈤所示犯行，審酌被告犯罪手段，所生危害以及坦承犯行，與甲童之母（代號：AW000-S112060011A，真實姓名、年籍均卷）達成民事上和解並賠償完畢，獲得原諒之犯後態度等一切情狀，而為量刑之旨。既未逾法定刑度，又未濫用裁量之權限，亦不違罪刑相當原則，即不得任意指為違法。此部分上訴意旨，泛言指

摘：原判決就此之量刑過重違法云云，同非適法之第三審上訴理由。

五、綜上，此部分上訴意旨，或係就原審量刑裁量職權之適法行使，或原判決已明白論斷說明之事項，仍持己見，漫為指摘違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。被告就原判決關於第一審判決附表一編號5部分之上訴，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、第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　17　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　蘇素娥

法　官　吳秋宏

法　官　吳麗英

法　官　周政達

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡茹

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　21　　日