

最高法院刑事判決

114年度台上字第60號

上訴人 廖○宇

選任辯護人 鄭伊鈞律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國113年8月28日第二審判決（113年度上訴字第211號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署111年度偵字第20691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。

二、本件原審以上訴人廖○宇經第一審判決，各依想像競合犯，從一重論處如其附表編號（下稱編號）1至4所示犯行為時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猥褻行為之電子訊號（尚犯無故竊錄他人非公開之活動及身體隱私部位）共4罪刑、編號5所示犯行為時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交行為之電子訊號（尚犯無故竊錄他人非公開之活動及身體隱私部位）罪刑及宣告沒收後，上訴人提起上訴，明示關於編號4、5所示部分，僅就刑之部分提起上訴，其餘部分全部上訴。經原審審理結果，（一）就編號1至3所示部分，維持第一審各依想像競合犯，均從一重論處其犯行為時兒童及少年性剝

01 削防制條例第36條第3項之違反意願使少年被拍攝猥褻行為
02 之電子訊號罪刑及宣告沒收部分之判決。(二)就編號4、5所示
03 部分，維持第一審關於上訴人所處之刑部分之判決。駁回其
04 在第二審之上訴。原判決(一)就編號1至3所示部分，已詳敘認
05 定犯罪事實所憑證據及理由，並對上訴人否認犯兒童及少年
06 性剝削防制條例第36條第3項之罪所辯各語，認非可採，予
07 以論述及指駁。(二)就編號4、5所示部分，已詳敘審酌所憑之
08 依據及判斷之理由。

09 三、第二審行合議審判之案件，為準備審判起見，得以庭員1人
10 為受命法官，於第一次審判期日前，使行準備程序，以處理
11 案件及證據之重要爭點、有關證據能力之意見、曉諭為證據
12 調查之聲請及證據調查之範圍、次序及方法等事項，此觀刑
13 事訴訟法第279條第1項、第273條第1項第3款至第6款及第36
14 4條規定甚明。至是否於審判期日前，先行準備程序處理前
15 開事項，以期訴訟經濟，並使審判程序順利進行，法院本得
16 審酌案件繁簡及被告答辯等事項而為裁量。受命法官雖未於
17 準備程序處理前開事項，如合議庭於審判期日已合法踐行調
18 查證據、言詞辯論程序，即無侵害被告訴訟防禦權可言。卷
19 查原審受命法官行準備程序時，雖未處理刑事訴訟法第273
20 條第1項第3款至第6款所列事項，然上訴人及其辯護人均未
21 對此聲明異議，且原審於審判期日亦已合法踐行調查證據、
22 言詞辯論程序，即無侵害上訴人訴訟防禦權可言。上訴意旨
23 以上訴人無從於審理程序前對刑事訴訟法第273條第1項第3
24 款至第6款所列事項表示意見，已侵害其依正當法律程序所
25 應保障之訴訟上防禦權及受辯護權，指摘原審此部分訴訟程
26 序違法，並非上訴第三審之適法理由。

27 四、民國112年2月15日修正前之兒童及少年性剝削防制條例第36
28 條第1項至第3項所列之罪，依其文義及體系解釋，乃依行為
29 人對被害人施加手段之強弱，及侵害被害人自主意思法益程
30 度之高低，予以罪責相稱之層級化規範，使規範密度周全，
31 以達保障兒童及少年權益之立法目的，並符罪刑相當、比例

01 原則之憲法要求。其第1項拍攝、製造兒童或少年之性影像
02 罪，為基本規定。行為人單純於兒童或少年知情同意下，拍
03 攝、製造其性交或猥褻行為之性影像，即合於第1項之罪。
04 倘行為人係採行積極手段介入，以招募、引誘、容留、媒
05 介、協助或以他法，促使兒童或少年被拍攝、製造成性交或猥
06 褻行為之性影像，係犯第2項之罪。至若行為人採行之手段
07 係以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願
08 之方法，而為之者，則係犯第3項之罪。該罪所稱「其他違
09 反本人意願之方法」，係指所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐
10 術、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法而言，祇
11 要其所為具有壓制或妨礙被害人意思自由之作用者，即合於
12 「違反本人意願之方法」之要件。又性隱私屬於個人生活最
13 核心之私密領域，對於向何人、於何時、何地、以何種方式
14 揭露、揭露內容是否要被短暫或永久留存，都是個人的性自
15 主決定權，以維護個人生活私密領域最核心之性隱私。關於
16 上訴人是否係以違反本人意願之方法，使告訴人A女（人別
17 資料詳卷）被拍攝編號1至3所示猥褻行為數位影片之電子訊
18 號。原判決已說明：凡兒童及少年被人拍攝性交或猥褻等色
19 情影像之當下，係因行為人刻意隱匿或不告知兒童及少年將
20 被拍攝，致該兒童及少年處於不知被拍攝之狀態，以致無法
21 對於被拍攝行為表達反對之意思，乃剝奪兒童及少年是否同
22 意被拍攝性交或猥褻行為影片之選擇自由。再依一般社會健
23 全觀念以及法律對於兒童及少年身心健康發展應特別加以保
24 護之觀點而言，以前述隱匿而不告知之方式偷拍或竊錄兒童
25 及少年性交或猥褻行為之影片，顯然具有妨礙兒童及少年意
26 思自由之作用，就其結果而言，無異壓抑兒童及少年之意
27 願，而使其等形同被迫而遭受偷拍性交或猥褻行為影片之結
28 果，應認屬違反本人意願之方法。復敘明如何依憑卷內資
29 料，認定A女當時未同意亦不知上訴人私下攝錄上開猥褻行
30 為影片。上訴人所為拍攝影片係經A女同意或未違反A女本人
31 意願之辯解，如何不足採納之旨。依原判決所確認之事實，

01 其適用法律尚無不合。上訴意旨雖以：上訴人與A女年紀相
02 近，就讀同校，其與A女交往後，為增進感情互動，合意視
03 訊「裸聊」，並無證據證明A女係處於權勢地位不對等之狀
04 態，或遭上訴人脅迫或以違反本人意願方式強制拍攝影像，
05 與「性剝削」概念不符。再者，A女既同意與上訴人視訊
06 「裸聊」乃至於發生性行為，其行為強度與對被害法益之侵
07 犯，難認已達壓抑、妨礙A女意思自由之程度，依本院110年
08 度台上字第2208號判決意旨，不構成兒童及少年性剝削防制
09 條例第36條第3項所指「違反本人意願之方法」等語。惟
10 查：觀之卷附上訴人提出之其與A女之通訊軟體Instagram對
11 話內容，上訴人於A女告以「你也對我傷害」後，表示「我
12 承認偷拍你是我不對我沒有想要辯解」、「我錯了可以原諒
13 我嗎」。上訴人以刻意隱匿而不告知之方式，使A女被拍攝
14 編號1至3所示猥褻行為數位影片，係違反A女之意願，已侵
15 害A女性自主決定權。至本院110年度台上字第2208號判決意
16 旨謂除有反對之意思表示者外，雙向動態視訊者之一方即行
17 為人於另一方即被害人不知情之情況下，「擷圖」拍攝、製
18 造、儲存「靜態影像」，其行為強度與對被害法益之侵犯，
19 難認已達壓抑、妨礙被害人之意思自由之程度，不構成兒童
20 及少年性剝削防制條例第36條第3項「其他違反本人意願之
21 方法」。該案之案例事實（被害人自行透過攝影鏡頭前拍攝
22 裸露下體等隱私部位進而撫摸下體自慰之影像，即時播送給
23 被告觀覽後，被告乘被害人不知情之際，利用手機軟體擷圖
24 功能，「擷圖」錄得甲女撫摸下體隱私部位之「靜態影
25 像」）與本件不同，尚難比附援引。其餘所述，核係對原審
26 採證、認事之職權行使及原判決已說明之事項，依憑已見而
27 為指摘，亦非適法上訴第三審之理由。

28 五、刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀顯可憫恕，認
29 科以最低刑度仍嫌過重者，始有其適用。至是否酌量減輕被
30 告之刑，則屬實體法上賦予法院得依職權裁量之事項。又刑
31 之量定，屬為裁判之法院裁量之職權，如其量刑已以行為人

01 之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑
02 度內，酌量科刑，而無違反公平、比例及罪刑相當原則，致
03 明顯輕重失衡情形，自不得指為違法。原判決已詳敘上訴人
04 之犯罪情狀，如何不符上述酌減其刑之要件。屬其裁量職權
05 之適法行使，尚難指為違法。關於量刑，原判決亦說明第一
06 審判決就上訴人所為本件犯行，以其之責任為基礎，分別具
07 體斟酌刑法第57條所列各款事項，而為量刑。核屬妥適，予
08 以維持。既未逾越法定刑度，亦無違背公平正義之情形，屬
09 裁量職權之適法行使，要難指為違法。上訴意旨以：上訴人
10 無犯罪前科，素行良好。案發時甫滿18歲，就讀高中三年
11 級，欠缺生活經驗。其犯罪動機係為紀念與A女交往，並未
12 以詐欺、脅迫手段取得性影像，亦未加以散布，惡性不大。
13 由其與A女之Instagram對話內容，可知其已獲A女宥恕，A女
14 並希望與其復合，其犯罪造成之危害輕微。情輕法重，堪以
15 憫恕。原審未考量上情，僅憑A女母親之陳述狀，臆測其所
16 為嚴重破壞A女與其互動期間之真心信賴，造成A女重大創
17 傷，未依刑法第59條規定酌減其刑，不但違反罪刑相當、比
18 例原則，並有認定事實未依證據、未審酌量刑證據及適用法
19 則不當之違法等語。核係就原審裁量之職權行使、原判決已
20 說明及於判決無影響之事項，依憑己意所為之指摘，仍非上
21 訴第三審之適法理由。又本院為法律審，應以第二審所確認
22 之事實為判決基礎，故於第二審判決後，不得主張新事實或
23 提出、聲請調查證據而資為第三審上訴之理由。上訴人於法
24 律審之本院，始提出其父母出具之陳述意見狀，請本院審
25 酌，同非適法上訴第三審之理由。

26 六、上訴人既明示編號4、5所示部分，僅就第一審判決之刑上
27 訴，除關於刑之部分外，第一審判決之其餘部分，並不在原
28 審之審判範圍。上訴意旨以編號4、5所示部分之罪名論斷有
29 誤等語。核係以自己之說詞，就論罪事項再為爭執，顯非上
30 訴第三審之適法理由。

01 七、依上所述，本件關於違反意願使少年被拍攝猥褻（性交）行
02 為之電子訊號部分，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。
03 至上訴人想像競合犯行為時刑法第315條之1第2款之無故竊
04 錄他人非公開之活動及身體隱私部位罪部分，既經第一審及
05 原審判決，均認有罪，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款
06 所定不得上訴於第三審法院之案件。上訴人得上訴部分之上
07 訴既不合法，應從程序上予以駁回，關於無故竊錄他人非公
08 開之活動及身體隱私部位罪部分，自無從為實體上之審判，
09 應一併駁回。

10 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

11 中 華 民 國 114 年 3 月 19 日

12 刑事第五庭審判長法官 李英勇

13 法官 林庚棟

14 法官 林怡秀

15 法官 張永宏

16 法官 楊智勝

17 本件正本證明與原本無異

18 書記官 林修弘

19 中 華 民 國 114 年 3 月 20 日