

最高法院刑事判決

115年度台上字第1435號

上訴人 賴憬霖

選任辯護人 張運弘律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年12月31日第二審判決（114年度上訴字第5258號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第34962、40458號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

- 一、本件第一審判決認定上訴人賴憬霖有如其事實欄（下稱事實）所載犯行，論處以違反本人意願之方法使少年被拍攝性交行為之電子訊號共3罪刑及定其應執行刑，並諭知相關沒收後，上訴人明示僅就第一審判決之量刑提起第二審上訴，因而維持第一審判決所宣告之刑暨定其應執行刑，駁回上訴人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

01 被害人知情與否之主觀狀態，另設要件或限制，只要拍攝兒
02 少之性影像，即符合拍攝兒少性影像罪之一般處罰規定。倘
03 若行為人另有招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法而
04 「促使或助益」兒少性影像拍攝之行為，甚或進一步壓抑、
05 妨害兒少性隱私之意思自由，以「強暴、脅迫、藥劑、詐
06 術、催眠術或其他違反本人意願之方法」行之，始依同條第
07 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
08 定，第3項係以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他
09 違反本人意願之方法」作為加重要件，其保護之法益，除兒
10 少之性隱私與身心健全發展外，另及於兒少性隱私意思自
11 由，本質上屬雙行為犯。而保護個人意思自由之刑罰法律，
12 關於「強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法」之規定，
13 雖不以類似於所列舉之強暴、脅迫等高度強制行為為必要，
14 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
15 妨害被害人意思自由，始足當之。因此，第36條第3項犯罪
16 之成立，除拍攝兒少性影像之基礎行為外，尚須行為人以該
17 項手段，壓抑或妨害兒少對於拍攝性影像之意思自由，而以
18 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
19 3項之加重規定論處（例如1. 以強暴、脅迫壓抑其意思自
20 由；2. 以藥劑或催眠術等方法造成其認識或意願形成之缺
21 損；3. 以具法益關聯性之詐術不當影響其關鍵決定；4. 營造
22 其無助或弱勢之處境，使之難以、不易、不敢逃脫或抗拒
23 等）。否則，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪，此
24 係本院最近統一之見解。經查：第一審判決事實認定：上訴
25 人明知被害人甲女（代號AE000-S112110011，民國000年0月
26 生，姓名詳卷）為未滿14歲之少年，竟分別於112年8月31
27 日、同年9月6日、同年9月12日、同年9月22日，以每次新臺幣
28 （下同）10,000元為對價，未違反甲女意願，而與甲女為性
29 交行為4次（此部分另涉兒少性剝削條例犯行，業經另案判
30 處罪刑確定）。詎上訴人與甲女為上揭性交行為之過程中
31 （即其中112年8月31日、同年9月6日、同年9月22日），無

01 故且違反甲女意願，另以遙控器造型攝影機開啟攝錄功能，
02 攝錄甲女與自己性行為之非公開活動與身體隱私部位之性影
03 像，以此方式使少年被拍攝性交行為之數位影片電子訊號等
04 情。上情倘若無誤，上訴人在甲女不知情下以偷拍方式拍攝
05 其性影像，既未施以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，復
06 未在拍攝行為外，另有其他壓抑或妨害其性隱私意思自由，
07 而違反甲女本人意願之方法，且因甲女對偷拍過程始終不知
08 情而無從為任何意思形成或決定，客觀上亦無壓抑或妨害其
09 性隱私意思形成或決定之作用，是否仍得認上訴人之行為該
10 當於本條例第36條第3項違反本人意願之加重構成要件？以
11 上疑點攸關上訴人對甲女所為，究係成立本條例第36條第1
12 項或第3項罪名及其法定刑之判斷，顯然影響於上訴人之權
13 益。上訴人雖僅就刑之一部上訴，惟依上開說明，原審仍應
14 就第一審事實所示之事實及罪名，併予審理論斷，方屬適
15 法，乃原判決未併予審究，僅以第一審判決所認定之事實及
16 罪名為基礎而為量刑一部上訴之審理，於法自屬有違。

17 四、綜上，上訴意旨指摘原判決論處兒少性剝削條例第36條第3
18 項罪刑為違背法令，為有理由。而原判決上開違背法令之情
19 形影響於事實之確定，本院無從據以為裁判。為維持國家刑
20 罰權之正確行使及審級利益，應認原判決有撤銷發回更審之
21 原因。

22 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

23 中 華 民 國 115 年 5 月 14 日

24 刑事第九庭審判長法官 林英志

25 法官 劉興浪

26 法官 蔡廣昇

27 法官 許泰誠

28 法官 陳德民

29 本件正本證明與原本無異

30 書記官 鄭淑丰

31 中 華 民 國 115 年 5 月 18 日