最高法院刑事判決

115年度台上字第1441號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官劉異海

上　訴　人

即　被　告　范揚祖

上列上訴人等因被告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18日第二審更審判決（114年度侵上更一字第9號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第19711、23996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、本件原審審理結果，認為上訴人即被告范揚祖（下稱被告）之犯行明確，因而撤銷第一審判決，並適用刑法第25條第2項規定（原判決事實欄〈下稱事實欄〉一㈡後段部分），改判論處被告犯兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）第36條第1項之拍攝兒童性影像罪共5罪刑（事實欄一㈠部分，即原判決附表〈以下僅記載其編號序〉編號1至5，各處有期徒刑〈下同〉3年6月）、同條第5項、第1項之拍攝少年性影像未遂罪刑（事實欄一㈡後段部分，即編號7；處2年6月）及刑法第224條之1、第222條第1項第2款之對未滿14歲之女

子強制猥褻罪刑（事實欄一㈡前段部分，即編號6；處5年6月），並定其應執行刑為9年2月，及為相關沒收（追徵）之諭知。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

㈠檢察官部分：

原判決認定被告於編號1至5、7所載時間，利用被害人G女、C女、E女、A女（姓名均詳卷）毫無所悉之情形下，偷拍該等被害人如廁時裸露之下體，其中編號7部分，因A女之弟經過，被告受驚嚇停止，始未得逞等事實。被告所為顯已妨害被害人意思決定之自由，無異壓抑被害人之意願，自應構成本條例第36條第3項之罪。原判決未深究該條第1項、第3項及刑法對拍攝成年人性影像所採之不同立法例之體系解釋，以及本院109年度台上字第624號等判決闡釋上開規定之立法目的，遽將編號1至5、7部分，改依本條例第36條第1項或同條第5項、第1項論處，自有判決不適用法則之違法。

㈡被告部分：

1.依A女之證詞可知，被告並無以強暴、脅迫或恐嚇等相類手段猥褻A女，亦無在A女抵抗時加以排除而繼續猥褻A女；且當時包括A女及其弟在內共有4名學童在場，A女如有抵抗行為，其弟應有所察覺；足見被告並無積極施用手段猥褻之情形，主觀上亦不知A女不同意，A女在客觀上更無傳達不同意之意思表示予被告知悉，被告至多僅成立刑法第227條第2項之猥褻未滿14歲之女子罪。

2.第一審判決及原判決就本案7罪所宣告之刑期總和分別為42年6月及25年6月，然原審之定刑竟與第一審相同，罪責顯屬失衡。況被告自案發後經濟困窘，仍依民事確定判決，委請親屬出面借款新臺幣18萬元，匯至G女之母指定帳戶，作為賠償，足見被告在被害人均不願和解之下，仍盡力賠償被害人之損害，犯後態度良好，在此量刑因子部分，評價較第一審為佳，應減輕其刑。

四、惟按：

㈠由於兒童及少年（下稱兒少）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，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。本條例第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。本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，其適用並未排除偷拍兒少性影像之情形。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。從而，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，不該當第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。以上是本院最近一致之見解。本件原判決以被告明知其所開設之補習班之學員G女、C女、E女均為兒童、A女為少年，竟於編號1至5、7所載時間，持相機架設於補習班廁所門上，在該等被害人均毫無所悉之情況下，拍攝G女、C女、E女如廁時裸露下體之足以引起性慾之身體隱私部位之性影像，並欲以相同方式拍攝A女之性影像，然因A女之弟經過，被告受驚嚇停止而不遂；被告係乘前述被害人不知情之下，未以壓制被害人意思自由之方式為之，因而分別論以本條例第36條第1項之拍攝兒童性影像罪及拍攝少年性影像未遂罪。經核於法並無不合。檢察官上訴意旨仍持本院先前之見解，予以爭辯，係對上開法律規定之適用有所誤解，自非合法之上訴第三審理由。

㈡證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其斟酌取捨及判斷並未違背經驗及論理法則，復已於理由內說明其取捨證據及得心證之理由者，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決認定上訴人明知A女係未滿14歲之少女，竟於編號6所載時間，在補習班內，不顧A女以腳推開被告之腳1次表示拒絕，而違反A女之意願，以手隔著A女內褲撫摸A女陰部而強制猥褻之事實，係以被告於原審之自白，併同A女與其母及其弟之指證、A女及其弟繪製之現場圖等證據，為其論據。並說明：刑法第224條強制猥褻之手段，所舉「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其

他違反其意願之方法」，其中「強暴、脅迫」，係指對人之身體或心理施以強制力，以妨害被害人之意思自由為已足，不以致被害人不能抗拒之程度為必要。至於「其他違反其意願之方法」，則係指強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以與上揭列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術相當之強制方法為必要。倘被害人已明示反對、口頭推辭、言語制止、肢體排拒，行為人猶然進行，即非「合意」，而該當於「以違反被害人意願之方法」。本件A女年僅12歲，生理及心理俱未發育，生理上無性功能之反應，心理上亦無全面之性認知與需求，尚不了解兩性間猥褻之真正意義，且A女當時有向在場之胞弟求助，並用腳推被告的腳1次之肢體排拒動作，足認被告之猥褻行為係以違反A女意願之方法為之，自屬強制猥褻等語（見原判決第9至10頁）。核其認定，有相關卷內證據可以佐證，所為論斷、說明，於法並無不合。被告上訴意旨1.指陳各節，係就原審採證認事職權之適法行使，且經原判決論斷說明之事項，徒憑己見，再為事實上之爭執，並非合法之上訴第三審理由。

㈢數罪併罰之定刑，本係基於刑罰經濟與責罰相當之考量，所為一新刑罰之宣告，並非給予受刑人不當利益。又數罪併罰，有二裁判以上，且宣告多數有期徒刑者，法院於定刑時，應審酌個案具體情節，嚴格遵守刑法第51條第5款所規定之外部性界限；所定之執行刑，祇須在不逸脫外部性界限範圍內為衡酌，而無全然喪失權衡意義或其裁量行使顯然有違比例原則之裁量權濫用之例外情形，並不悖於定應執行刑之恤刑目的者，即無違裁量權之內部性界限。本件原判決已敘明：被告拍攝C女、E女、G女、A女如廁時裸露下體之性影像犯行，分別係在民國111至113年間實施，固屬侵害不同人之法益，然行為態樣、手段、動機均相同，責任非難重複之程度顯然較高，且強制猥褻A女與拍攝A女性影像之犯行係於同一日相隔不久所實施，侵害法益亦屬同一人，並審酌被告所

犯數罪所反映之人格特性與傾向、對被告施以矯正之必要性等，如以實質累加之方式定應執行刑，處罰之刑度恐將超過其行為之不法內涵與罪責程度，基於罪責相當之要求，於刑法第51條第5款所定之界限內，綜合評價各罪類型、關係、法益侵害之整體效果，考量犯罪人個人特質及以比例、平等、責罰相當、重複評價禁止原則為內涵之內部性界限，為適度反映被告整體犯罪行為之不法與罪責程度及對被告施以矯正之必要性，定被告應執行之刑等語（見原判決第13頁）。經核於刑法第51條第5款之規定並無不合，亦無顯然過重、失衡而濫用裁量權限之違法情形。至於被告依民事確定判決結果賠償G女所受損害之有關犯後態度之細節，並非定執行刑所應審酌之事項，原判決未予論列、審酌，仍無違法可指。被告上訴意旨2.係就原審裁量職權之適法行使，依憑己見，再事爭執，同非合法之上訴第三審理由。

五、依上說明，本件檢察官及被告之上訴均違背法律上之程式，俱應予駁回。又檢察官上訴理由書所檢附A女及其母出具之「刑事請求上訴狀」之上訴理由，因非屬檢察官上訴書狀本身所述之理由，而刑事訴訟法復無第三審上訴理由得引用或檢附其他文件代替之規定，本院自無從審酌，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　13　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　洪兆隆

法　官　吳冠霆

法　官　高文崇

法　官　陳芃宇

本件正本證明與原本無異

書記官　林明智

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　19　　日