最高法院刑事判決

115年度台上字第3110號

上　訴　人　連啟文

選任辯護人　陳仲源律師
　　康皓智律師

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115年2月25日第二審判決（114年度上訴字第5973號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署114年度偵字第10109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，認定上訴人連啟文之犯行明確，因而撤銷第一審之有罪判決，變更起訴法條，改判論處上訴人犯兒童及少年性剝削防制條例（下稱兒少性剝削條例或本條例）第36條第1項之拍攝兒童性影像罪刑（處有期徒刑2年），並為沒收之諭知。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略稱：

㈠上訴人僅係隨機偷拍，並非專以被害人A女（姓名詳卷，於本案發生時係未滿12歲之兒童）為對象，此與「性剝削」應含有不對等權力地位關係下之壓榨意涵難認相符。且A女非

在「性活動」過程中遭攝錄性影像，致其性隱私受有侵害。上訴人於本案所為既不符「性剝削」之定義，原判決逕認上訴人係犯拍攝兒童性影像罪，適用法規顯有違誤。

㈡上訴人犯後深感懊悔，知所警惕，並願意與A女調解，足見上訴人之犯後態度良好。又上訴人已主動至身心診所接受精神科醫師診治，且定期回診追蹤，經醫師評估上訴人之症狀已獲改善。上訴人係因一時失慮而犯本案，其犯罪情狀顯可憫恕。原判決之量刑過苛，有違矯正目的及比例原則，請依刑法第59條酌減其刑，並諭知附條件緩刑。

四、惟按：

㈠兒少性剝削條例就「性影像」之定義，未有明文規定，因此關於本條例第36條性影像之認定，自應適用刑法之規定。而刑法第10條第8項所稱之性影像，包含同條項第2款「性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」之影像或電磁紀錄，並不侷限於特定對象的「行為（含性活動）」過程，足見兒少性剝削條例第36條關於兒童及少年（下稱兒少）性影像之處罰規定，自不以兒少在性活動之過程中，受到不對等權力關係之壓榨而拍攝為前提。其次，從本條例保護兒少之性隱私與身心健全發展，防止性影像之兒少性剝削等規範目的觀察，並依妨害性隱私罪關於猥褻性（具性意涵）及合理隱私期待之要件，為合目的性之解釋，偷拍經內褲或內衣包覆之兒少性器或身體隱私部位，客觀上足以造成羞恥，或引起性慾，依刑法第10條第8項第2款之規定，應認係本條例第36條之兒少性影像，此為本院一致之見解。本件有關上訴人所為何以符合兒少性剝削條例第36條第1項拍攝兒童性影像罪之構成要件，原判決說明略以：上訴人在國小校園內之女廁隔間，趁A女於廁所另一隔間內如廁之際，分持2台手機，先以一手持具錄影功能之手機，自隔間下方縫隙處伸入A女所處隔間下方，以由下往上方式竊錄；再以另一手持具照相功能之手機，自隔間上方處伸入A女所處隔間上方，以由上往下方式拍照，以此方式竊錄A女如廁時裸露性器及臀

部等客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位影像，符合刑法第10條第8項第2款之性影像定義等旨（見原判決第4至5頁）。核其說明，俱有卷內證據資料可以佐證；所為論斷，與本院一致之見解亦無不符，難認有何適用法則不當之違誤。上訴意旨㈠猶執不為原審所採之相同理由，重為爭執，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

㈡犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。惟以上之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因、背景或環境，在客觀上顯然足以引起一般人同情或憫恕，認為即予宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用；且適用與否，係事實審法院得依職權自由裁量之事項，倘未依該規定減輕其刑，除有違法或濫用情事外，不得執為提起第三審上訴之理由。又刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項，倘於科刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條所列各款事項，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。有關上訴人之本案犯罪何以無從適用刑法第59條酌減其刑，及科刑時如何具體斟酌刑法第57條所定之一切情狀，已經原判決詳予說明（見原判決第11至12頁），經核於法並無不合，亦無濫用裁量職權之違誤。而上訴人於犯罪後是否深感懊悔、有無表達調解意願及自主就醫等情，並非法院審酌應否適用刑法第59條之主要依據，無從憑以認定上訴人之本案犯罪有何特殊之原因、環境或背景，以致在客觀上足以引起一般人之同情。上訴意旨㈡所為指摘，係就原審量刑裁量職權之適法行使，依憑己意，再為爭辯，亦非第三審上訴之合法理由。

五、依上說明，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。又本院為法律審，本件既從程序上駁回上訴人之上訴，其請求本院酌減其刑及諭知附條件緩刑，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　　8　　月　　12　　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　陳芃宇

法　官　高文崇

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡屏

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　18　　日