最高法院刑事判決

115年度台上字第3138號

上　訴　人　甲男

選任辯護人　黃子寧律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國115年4月17日第二審判決（115年度上訴字第19號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署113年度偵字第6038號、114年度偵字第365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，認為上訴人甲男之犯行明確，因而撤銷第一審關於有罪部分之判決，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第36條第1項之拍攝兒童性影像罪共2罪刑（即原判決附表一編號〈下稱附表一，或僅記載其編號〉20、35部分；其中編號35部分，想像競合犯拍攝兒童性影像未遂罪；各處如附表一編號20、35「罪名及宣告刑」欄所載之有期徒刑）；復適用刑法第25條第2項規定，改判論處上訴人犯同條例第36條第5項、第1項之拍攝兒童性影像未遂罪共46罪刑（即編號1至19、21至34、36至48部分；處如各該編號「罪名及宣告刑」欄所載之有期徒刑），並定其應執行刑（下稱定刑）為有期徒刑6年，及為

相關沒收之諭知（其餘被訴部分即第一審判決附表五部分，經第一審分別諭知無罪之判決或不另為無罪之諭知，因檢察官未就此部分提起第二審上訴，已告確定）。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

㈠原判決認定上訴人拍攝兒童性影像既遂部分，並未在上訴人之手機或電腦等設備內扣得相關影片或照片，上訴人於第一審亦稱其攝得晃動不清楚之影像，印象中係牆面或隔板等語，自不符性影像之要件，原審未調查上訴人有無成功攝錄並儲存性影像，已有調查未盡之違誤。

㈡原判決第5頁第8至13行理由既認上訴人單次進入廁所時僅能拍攝1名被害人，無法同時拍攝不同如廁空間內之數名被害人。則對於不能拍攝之被害人部分，自因無法著手而不成立拍攝兒童性影像未遂罪。依卷內之監視器畫面及上訴人手機開關相機之證據，亦可見上訴人進入廁所後旋即關閉相機之情況，例如編號2、14、28、30、43、47部分，上訴人分別於進入廁所1秒、5秒、5秒、4秒、4秒、1秒後關閉相機。故上訴人縱持手機進入廁所，亦不得遽認已著手。原判決認定之犯罪事實及理由，與卷內證據矛盾。

㈢上訴人係於民國113年8月28日至9月12日之密接時間、地點以同一方式偷拍，復無證據足認上訴人係基於不同犯意而為，故上訴人對於同一被害人之部分，應論以接續犯之一罪，亦即本案之罪數應以被害人數為準，原判決以上訴人進入廁所之次數認定罪數，而未審酌有無接續犯之適用，已屬違法。

㈣原判決既認上訴人進入廁所時無法同時拍攝不同如廁空間內之數名被害人，則上訴人在不能未遂之情況下，自無法著手，從而亦不應以無法拍攝之被害人作為量刑依據。然原審於量刑時卻以「進入廁所之被害人數」作為依據，已有理由矛盾之違誤。況部分被害人晚於上訴人進入廁所，上訴人無

法預見此部分被害人入內，亦無法知悉為何人，難謂上訴人對此部分有攝錄之衝動，亦不得作為量刑依據。

㈤原審就既遂部分之宣告刑，較第一審判決減輕近三分之一，就未遂部分之宣告刑，亦較第一審判決減輕三分之一左右，然定刑卻較第一審減輕不及二分之一，形同加重，復未說明定刑因子與第一審判決有何不同，在僅有上訴人上訴並改判較輕之罪名及宣告刑之情況下，定刑比例更重，違反不利益變更禁止、比例及公平正義原則。

四、惟查：

㈠原判決認定上訴人於本案國小擔任老師期間，明知附表一「被害人」欄所載之女童（姓名詳卷），均為未滿12歲之兒童，竟各基於拍攝兒童性影像之犯意，於附表一所載時間，尾隨兒童進入該校之廁所，以具有攝錄功能之手機，伸過廁所隔間擋板下方縫隙處，由下而上拍攝之方式，分別於附表一編號20、35所載時間，攝得被害人BS000-S113090001如廁時裸露性器及臀部等身體隱私部位之性影像，其餘部分（即附表一編號1至19、21至34、36至48部分及編號35之被害人A6部分）則因未能成功攝得性影像而均未得逞之事實，係以上訴人於原審之自白，併同本案國小學務主任徐○○（姓名詳卷）及被害女童之指證等供述證據、附表二所載之監視器畫面截圖、上訴人手機數位鑑識資料及其他非供述證據等，為其論據。並說明：上訴人持手機尾隨被害女童進入廁所，伺機拍攝如廁之被害女童之性影像，被害女童均係在不知情之下遭上訴人拍攝，除編號20、35所載之BS000-S113090001遭攝得性影像外，餘均幸未得逞，故上訴人就編號20、35所載之BS000-S113090001部分，均係犯拍攝兒童性影像罪，其餘部分則均係犯拍攝兒童性影像未遂罪等語（見原判決第2至3頁）。核其認定，於卷內證據資料並無不合，且係綜合前述相關事證，經整體觀察後判斷所得，所為之論斷、說明，於法並無不合。

㈡上訴人除於原審坦承在編號20、35所載時間攝得BS000-S113090001如廁時裸露下體之性影像（見原審卷一第385至386頁）外，並於偵查中自承：當時我用手機有拍到該被害人之臀部、性器等部位之性影像，但影片有點晃動，我認為拍的不是很清楚，所以有的我拍完就先刪掉，之後該被害人之父母向我反映後，我就趕快將剩下的影片刪掉，每次上廁所拍的都是影片，影片大約10秒鐘；我沒有將拍攝之影像儲存或同步備份至雲端空間，我有關閉同步備份功能等語（見臺灣花蓮地方檢察署113年度偵字第6038號卷第23至25頁）；BS000-S113090001亦指證其如廁時見有手機鏡頭對其拍攝（見警卷第247至249、253至254頁）。足見上訴人確有於編號20、35所載時間攝得BS000-S113090001如廁時裸露臀部及性器等部位之性影像無訛。原判決認上訴人此部分犯行已屬既遂，並無不合；且因上訴人於得手後，已刪除而未留存前述性影像，本案未能在上訴人之手機或電腦等設備內扣得相關證據，自屬當然，並無礙於此部分拍攝既遂事實之認定，相關性影像縱未儲存或扣案，於判決結果亦不生影響，核無調查未盡之違法可指。

㈢原判決就附表一之各次犯行，係依憑上訴人各次進入廁所至離開之期間，其時正在廁所內之被害人之身分，佐以各次上訴人手機內之相機開啟及關閉時間，以及編號38所載之BS000-S113090001證稱當時確見手機鏡頭對其拍攝等情，相互勾稽，認定上訴人各次犯行之時間、被害人為何、以及既遂與否；並說明：本案廁所係以隔間擋板區隔數個如廁空間，由上訴人持手機伸過廁所隔間擋板下方縫隙處，由下而上之拍攝方式，雖無法同時偷拍在廁所之不同如廁空間內之個別被害人之性影像，然上訴人係因有拍攝性影像之衝動而為本案犯行，已據其自承在卷，則其於附表一所載各該時間，非無藉由1次進入廁所之機會，拍攝數個被害人性影像之決意，故其於附表一所載時間進入廁所之際，其中若有數個被害人在廁所之不同如廁空間內如廁，上訴人對數個被害人著手實

行拍攝性影像之行為，係於同一時空內密接進行，尚可評價為一行為，則附表一所示有數個被害人之部分，為想像競合犯，從一重處斷等語（見原判決第4至5頁）。亦即，原判決就附表一之各罪，其中同時有數名被害人之部分，如何係基於同一之意思決定，並有行為時空之密接性，為想像競合犯，而僅應論以一罪，已詳述其理由。核其論斷、說明，於法並無不合。上訴意旨㈡、㈣擷取其中片段，對於相同之事實，依憑己意，持相異之評價，係就原審認事用法之適法職權行使，再為爭執，自非合法之上訴第三審理由。又上訴人係基於拍攝兒童性影像之犯意，其持具有相機攝錄功能之手機，尾隨被害女童進入廁所並開啟相機攝錄功能之際，即已著手於拍攝兒童性影像之犯罪行為之實行；上訴人手機內建之相機攝錄功能開啟至關閉之間歷時久暫，自不影響拍攝行為著手之認定。縱有上訴意旨㈡所指之相機啟動時間甚短即行關閉之情形，亦無礙於上訴人拍攝未遂罪之成立。至於部分被害人是否晚於上訴人進入廁所、上訴人是否知悉此部分被害人為何人等節，於判決結果均不生影響。上訴意旨㈣有關此部分之指摘，同非適法之上訴第三審理由。

㈣有關上訴人所犯各罪之罪數，以及各罪間之關係，原判決已敘明：依兒童及少年性剝削防制條例之立法規範保護目的，可知上訴人所犯之拍攝兒童性影像罪所欲保護之法益，為兒童及少年性隱私與身心健全發展，屬於侵害個人法益之犯罪，不因被害人同一，即僅論以一罪；附表一之各次犯行，彼此間既可明確區分，上訴人於各次犯行後並均曾離開廁所，應認各該犯行係基於各別犯意為之而予分論併罰，自無僅以被害人有重複之情，遽認就被害人同一之部分，係屬接續之單一行為而僅論以一罪等語（見原判決第4至5頁）。亦即，原審依其認定之事實，認上訴人所犯附表一各編號之罪，應成立之上述罪數，及各罪間為數罪關係，應分論併罰。核其論斷、說明，於法並無不合。上訴意旨㈢係就原審

認事用法職權之適法行使，且經原判決論斷說明之事項，再為爭執，同非合法之上訴第三審理由。

㈤刑之量定及數罪併罰之應執行刑之酌定，係事實審法院得依職權裁量之事項，倘其所量定或酌定之刑並未逾越法律所規定之範圍（即裁量權行使之外部性界限），亦未違反比例、公平及罪刑相當原則（即裁量權行使之內部性界限），即不得任意指為違法，而執為上訴第三審之適法理由。原判決於科刑時已具體審酌刑法第57條所定之一切情狀，而為量刑（見原判決第6至7頁），並無逾越法律規定範圍或濫用權限、輕重失衡之情形，亦無上訴意旨㈣所指之理由矛盾；所定之執行刑，已有相當之寬減，於同法第51條第5款之規定並無不合，亦無明顯偏重而濫用裁量職權之違背比例及罪刑相當原則等違法情形；執行刑之酌定，尤無必須一定比例、折數衡定之理，不得僅憑第一審酌定執行刑之比例，作為判斷原審之定刑是否適法之唯一基準。本件第一審論處上訴人犯以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像既、未遂罪共48罪刑（既遂共2罪，各處有期徒刑7年3月；未遂共46罪，各處有期徒刑3年8月），並定刑為有期徒刑11年2月；原審則撤銷第一審之有罪判決，改判論處上訴人犯拍攝兒童性影像既、未遂罪共48罪刑（既遂共2罪，各處有期徒刑2年6月、2年8月；未遂共46罪，各處1年2月、1年4月或1年6月），再合併定刑為有期徒刑6年，並未諭知較重於第一審判決之刑，於刑事訴訟法第370條第1項之規定，自屬無違。

五、依上說明，上訴意旨指摘各節，或係就原審採證認事用法、證據取捨、判斷或刑罰裁量職權之適法行使，依憑己見，再事爭執，或就已經原判決論斷說明之事項，重為指摘，均非適法之上訴第三審理由。應認本件上訴違背法律上之程式，予以駁回。

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　　7　　月　　29　　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　　8　　月　　3　　日