最高法院刑事判決

111年度台上字第994號

上　訴　人　邵○○（名字、年籍資料詳卷）

選任辯護人　許啟龍律師

　　張雅蘋律師

　　許淑玲律師

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110年10月28日第二審判決（110年度侵上訴字第137號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署109 年度偵字第26804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、本件原判決認定上訴人邵○○（名字、年籍資料詳卷）有如其事實欄（下稱事實欄）一、㈠之2.、3.及㈡所載要求使少年被拍攝猥褻、性交行為之電子訊號等犯行，因而撤銷第一審關於其附表編號二、三、四部分之科刑判決，變更檢察官所引起訴法條，改判仍依想像競合犯規定，從一重論處上訴人犯要求使少年被拍攝猥褻、性交行為之電子訊號計13罪刑，及諭知相關沒收，固非無見。

二、惟按：

(一)兒童及少年性剝削防制條例第1 條開宗明義規定：「為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展，特制定本條例。」依其立法說明，係立基於保護兒童及少年免於遭致性剝削之普世價值，乃依據聯合國《兒童權利公約》第34條及《兒童權利公約關於買賣兒童、兒童賣淫和兒童色情製品問題的任擇議定書》之精神，將透過利益交換而侵犯兒童、少年與其權利之行為，均列為係對兒童及少年之「性剝削」。是以，為防杜拍攝、製造兒童、少年為性交或猥褻行為之畫面，而侵害其身心健全發展之基本人權，該條例第36條乃基於行為人對被害人施加手段之強弱，以及被害人自主意願之法益侵害高低程度之不同，區分「直接拍製型」

、「促成合意拍製型」、「促成非合意拍製型」、「營利拍製型」、「未遂型」等5種不同類型，而予以罪責相稱之分層化規範，俾周全規範密度，達到保障兒童及少年權益之立法目的，並符合罪刑相當原則、比例原則之憲法誡命。所謂「直接拍製型」係指行為人得同意而直接拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品（同條第1項，圖畫等以下統稱畫面）；「促成合意拍製型」係指行為人採取積極之手段，招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，促成兒童或少年合意被拍攝、製造性交或猥褻行為之畫面（同條第2項）；「促成非合意拍製型」係指行為人以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，促使兒童或少年被拍攝、製造性交或猥褻行為之畫面（同條第3項）；「營利拍製型」則指行為人意圖營利而犯前述三種類型之行為（同條第4項）；「未遂型」則指上開各行為之未遂犯（同條第5項）。就促成拍攝、製造之行為而言，無論是兒童、少年之合意或非合意拍攝、製造行為，均予處罰，只是法定刑輕重不同而已，係以立法明文方式揭櫫不容許兒童、少年放棄或處分其身心健全發展之基本人權，俾免因任何非法之性活動而遭致性剝削之旨。

(二)上開條例第36條第2項之「促成合意拍製型」所稱之「他法」，係指行為人所採取之積極手段，與招募、引誘、容留、媒介或協助等行為相類似或介入、加工程度相當，而足以促成兒童或少年合意被拍攝、製造性交或猥褻行為之畫面者而言。此與同條第1項之「直接拍製型」係行為人單純得同意而拍攝、製造，未為其他積極介入、加工手段之情形，並不相同。倘行為人僅單純告知兒童或少年並獲其同意（下稱「告知後同意」）而拍攝、製造兒童或少年性交或猥褻行為之畫面，並未進一步額外施加上開介入、加工手段，應屬同條第1項「直接拍製型」之規範範疇，難謂係合致於「促成合意拍製型」之規範目的。至於單純「告知後同意」之告知方

式，無論係單純以詢問、請求、要求等方式為之，均無不可。惟倘行為人係另行施加前揭積極之介入、加工手段，而詢問、請求或要求被害人同意，則已逸脫同條第1項「直接拍製型」之規範目的，自該當於同條第2項之「促成合意拍製型」要件。

(三)證據雖已調查，若尚有足以影響判決結果之重要證據或疑點未予調查釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

(四)原判決載敘：上訴人陳稱事實欄一、㈠之2.、3.及㈡部分係其詢問A女、B女（以上2人人別資料詳卷）後取得其等之同意而拍攝、錄影，並曾要求A女、B女自行持上訴人手機拍攝、錄影；A女並證稱上訴人有要求其持上訴人之手機自拍其等性交過程；B女亦證稱上訴人錄影前有先問可否拍攝各等語。可見上訴人有「要求」A女、B女，使原無意被拍攝猥褻、性交行為電子訊號之A女、B女產生被拍攝之意思，顯已屬促成A女、B女合意之積極手段，構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之以「他法」（要求）使少年被拍攝猥褻或性交行為之電子訊號罪等旨。惟稽之卷內資料，上訴人於警詢及檢察官訊問時供稱：卷存A女、B女之數位照片、影片均係經其等同意後，由其自己或叫A女持其手機拍攝、錄影（見109年度偵字第26804號卷第14、50、51頁）；B女於檢察官訊問時證稱：手機視訊及自拍裸照都係在上訴人要求下而拍攝，其忘記上訴人用何種說詞來要求（見109年度他字第1705號卷第47頁）；B女於檢察官訊問時證稱：上訴人錄影、拍照前，均有詢問其可否錄影、拍照，均有得其同意（見109年度他字第1705號卷第58頁；按檢察官訊問筆錄以代號「A女」表示，實係原判決所稱之B女）各等語。如果無訛，則上訴人究係單純以詢問、請求、要求等方式，告知A女、B女後得同意而拍攝、錄影其等性交或猥褻行為之畫面，抑或另行積極施以與招募、引誘、容留、媒介或協助等行為

相類似或介入、加工程度相當之手段，而詢問、請求、要求A女、B女同意？尚有疑竇存在。此攸關上訴人究係成立兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項「直接拍製型」犯行，抑或該當於同條第2項「促成合意拍製型」犯行之認定，而上開2類型犯行之罪責程度差異甚大，允宜詳加調查、明確認定，始為適法。原判決未予剖析、釐清明白，遽認上訴人成立同條第2項以他法（要求）使少年被拍攝猥褻、性交行為之電子訊號等犯行，尚嫌速斷而難令信服，有調查職責未盡及理由欠備之違誤。

三、刑事訴訟法第264條第2項關於起訴書程式之規定，旨在界定起訴及審判之範圍，其中應記載之「犯罪事實」，必須具體明確足以表明其起訴範圍，使法院得以確定審理範圍，並使被告知悉係因何犯罪事實被起訴而為防禦之準備，始為完備。尤其在一罪一罰之場合，各該犯罪行為之次數、方法等，均應逐一具體明確記載，始足以區辨犯罪之同一性而不與其他犯罪相混淆，俾完足保障被告之訴訟權。倘其有全部或部分犯罪事實所載不明確或欠具體，有礙被告訴訟防禦時，即屬起訴於法律上必備之程式有欠缺，法院雖不得逕予不受理，仍非不得依刑事訴訟法第273條第6項規定，以裁定定期命其補正，逾期未為補正，即應認其全部或部分起訴之程式違背規定。依起訴書犯罪事實欄之記載，檢察官起訴上訴人於民國107年2月A女就讀國中三年級下學期起至同年6月30日止，在上訴人位於桃園市中壢區之租屋處（地址詳卷），與14歲以上未滿16歲之A女為性交行為及以他法使A女被拍攝猥褻、性交行為電子訊號「共5次」犯行；於108年1月A女年滿16歲之日起至同年7、8月止，在上址以他法使A女被拍攝猥褻、性交行為電子訊號「共2次」犯行；於108年6月B女滿14歲之日起至同年10月止（即就讀國中2、3年級期間），在上址、校內等處，對14歲以上未滿16歲之B女為性交行為及以他法使B女被拍攝猥褻、性交行為電子訊號「共6次」犯行，併請予以分論併罰（見起訴書第1、2、4頁）。則上訴人被訴

對A女、B女為上開各犯行次數有何計算標準？何以與A女於檢察官訊問時所證：與上訴人性交行為在5次以上10次以下，未滿16歲為5次（見109年度他字第1705號卷第46頁）；B女於檢察官訊問時所證：與上訴人至少有14次性交行為（見109年度他字第1705號卷第58頁）各等語，未盡相符？各次犯行間如何加以區隔？能否以原判決附表二所示扣案物及卷附之數位照片、影片檔案所留存之時間點，加以推算各行為？均未載明，可見起訴之犯罪事實欠缺具體明確，不足以區辨犯罪之同一性，妨礙上訴人訴訟防禦權，依上開說明，應認起訴之程式不完備。乃第一審未裁定定期命檢察官補正，逕認檢察官起訴上訴人對A女、B女上開犯行之次數，分別為「5次」（事實欄一、㈠之2.部分）、「2次」（事實欄一、㈠之3.部分）、「6次」（事實欄一、㈡部分），遽行論罪科刑，自有違誤，原判決未加糾正，以籠統之方式為上開各犯行次數之認定，難認適法。

四、以上，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決上述違法情形，已影響於事實之確定，尚有待事實審法院加以調查釐清，本院無從自為判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　2　　日

刑事第八庭審判長法　官　李　英　勇

法　官　洪　兆　隆

法　官　楊　智　勝

法　官　吳　冠　霆

法　官　邱　忠　義

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　4　　日