最高法院刑事判決

111年度台上字第3725號

上　訴　人　洪克文

選任辯護人　楊俊鑫律師

上列上訴人因家暴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111年4月14日第二審判決（111年度上訴字第479號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署109年度偵字第7736、12737、13125、12730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，認定上訴人洪克文有所載違反兒童及少年性剝削防制條例各犯行明確，因而撤銷第一審此部分無罪之判決，改判論處上訴人犯以違反本人意願之方法使兒童被拍攝猥褻行為影片2罪刑，已載敘其調查取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由，就上訴人所辯拍攝之影片內容非屬猥褻行為等說詞，認非可採，亦依調查所得之證據予以論述指駁，有卷存資料可資覆按。

三、上訴意旨略以：以偷拍手段拍攝裸照惡性較輕，法律概念上屬「妨害秘密」，非「違反本人意願之方法使其被拍攝猥褻行為影片」，故偷拍兒童之裸照，應回歸刑法妨害秘密罪論處，再依兒童及少年福利與權益保障法第112條規定加重處

罰，而刑法第315條之1第2款之罪屬告訴乃論，被害人（兒童）即代號AW000Z000000000號女子及代號AW000Z000000000號男子（真實姓名年籍均詳卷，下稱A女、B男）已對其撤回告訴，原審未為不受理判決，錯誤解釋「偷拍行為」即為「其他違反本人意願之方法」，論以兒童及少年性剝削防制條例第36條第3 項之罪名，自有違誤；又各級法院就前開法律見解顯有歧異，應依法提案予刑事大法庭統一見解，且同條例第36條第3項所謂「性交或猥褻」，屬不同侵害程度之手段，該條文未予區分而處相同刑度，違反比例原則、平等原則，請求聲請司法院大法官（憲法法庭）解釋，並停止訴訟。

四、按兒童及少年性剝削防制條例第36條第3 項規定之違反意願拍攝性交猥褻影像罪，其所指「違反本人意願之方法」，係指該條所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法而言，且不以類似於所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術及催眠術等方法為必要，祇要其所為具有壓制或妨礙被害人意思自由之作用，或被害人意思決定過程，因行為人之行為而發生瑕疵者，即合於「違反本人意願之方法」之要件。而為了保護兒童及少年免於成為色情影像拍攝對象，以維護兒童及少年身心健全發展之普世價值，參照具內國法效力之兒童權利公約第19條第1 項規定：「簽約國應採取一切適當之立法、行政、社會與教育措施，保護兒童（該公約所稱『兒童』係指未滿18歲之人）……不受到任何形式之身心暴力、傷害或虐待、疏忽或疏失、不當對待或剝削，包括性虐待」，以及我國為了保護兒童及少年身心健全發展，防制兒童及少年成為性交易或拍攝色情影像之對象，特別制定現行兒童及少年性剝削防制條例之立法目的，應由保護兒童及少年之角度，解釋本條項所指「違反本人意願之方法」之意涵，即凡兒童及少年被人拍攝性交或猥褻等色情影像之際，係因行為人刻意隱匿其事先架設錄影器材，使該兒童及少年處於不知被拍攝之狀態，以致無法對於

被拍攝行為表達反對之意思，乃剝奪兒童及少年是否同意被拍攝性交或猥褻行為影片之選擇自由。再依法律對於兒童及少年身心健康發展應特別加以保護之觀點而言，以前述隱匿而不告知之方式偷拍或竊錄兒童及少年性交或猥褻行為之影片，顯然具有妨礙兒童及少年意思決定之作用，就其結果而言，無異壓抑兒童及少年之意願，而使其等形同被迫而遭受偷拍性交或猥褻行為影片之結果，應認屬本條「違反本人意願之方法」。

原判決已說明上訴人明知A女、B男均為未滿12歲之兒童，且知悉擅自於住處浴廁內裝設針孔攝影機，將使A女、B男在不知情之情況下遭拍攝猥褻行為影片，而以上揭隱匿、不告知方式，偷拍竊錄A女、B男裸露胸部、下體或臀部等猥褻行為之影片，無異壓抑、妨礙A女、B男意思自由之作用，形同被迫遭拍攝猥褻行為影片之結果，所為亦屬違反本人意願之方法，對於上訴人所稱偷拍行為與違反本人之意願有別，無該條例第36條第3 項適用等旨辯詞，何以委無足採，悉於理由內詳加論駁，依確認之事實，論以上訴人前揭以違反本人意願之方法使兒童被拍攝猥褻行為影片2罪刑，無適用法則不當之違法。至於上訴意旨所指他案判決，與本件事實、情節未盡相同，自不能比附援引，執為上訴第三審之適法理由。

五、按「法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。」此為司法院釋字第371號解釋意旨闡釋甚明。從而，法院就所適用之法律，若無合理確信認有牴觸憲法之疑義，基於法秩序之安定性及權力分立民主憲政原則之尊重，自應做法律合憲性

解釋，而不生依司法院釋字第371號解釋意旨，裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官（憲法法庭）解釋之問題。上訴意旨就兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定，並未陳明如何可使法院確信該法律規定為違憲之具體理由，僅略謂該條項之刑度未區分「性交或猥褻」影片，已違憲法平等、比例原則，請求裁定停止訴訟程序並聲請釋憲等語，與上開聲請釋憲應具備之程式不相適合，同非適法之第三審上訴理由。

六、綜合前旨及其他上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於不顧，或對於原審採證認事職權之適法行使及不影響判決本旨之事項，徒以自己之說詞，任意指為違法，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，應認其之上訴為不合法律上之程式，予以駁回。又本院為法律審，本件既從程序上駁回上訴人之上訴，其請求本院宣告緩刑，自無從審酌。

七、至上訴意旨尚載稱：本院108年度台上字第3330號、109年度台上字第1998號、111年度台上字第1968號判決意旨核與本件原判決所持法律見解歧異，若本院採與原判決相同之法律見解，有提案本院大法庭必要等語。按法院組織法第51條之2第1項規定提案予大法庭裁判之「歧異提案」類型，必須所受理之案件與最高法院先前裁判，就相同性質之事實，其法律問題所持之見解歧異，始有提案之義務，旨在維持最高法院見解之一致性。惟稽之上開判決之內容，或以有其他無涉本件法律爭議之違法事項撤銷發回，或以未具體指摘原判決有何違法不當，以上訴不合法律上之程式予以駁回，均與所述法律爭議事項無涉，且與本件係上訴人於住處浴廁內擅自裝設針孔攝影機，拍攝兒童裸露全身、胸部、下體、臀部等猥褻行為影片之基礎事實並非相同，上訴意旨援引上開判決，指摘本院就所主張之法律見解已有歧異，核屬誤解，自無提案予刑事大法庭裁判之必要，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　　111　　年　　12　　月　　8　　日

刑事第七庭審判長法　官　段景榕

法　官　沈揚仁

法　官　楊力進

法　官　宋松璟

法　官　汪梅芬

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　9　　日