最高法院刑事判決

113年度台上字第3430號

上　訴　人　陳喆軒

選任辯護人　鄭才律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國113年5月8日第二審判決（113年度上訴字第300號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第44413號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理　由

一、本件原判決維持第一審依想像競合犯，從一重論處上訴人陳喆軒犯（修正前）兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項以違反本人意願之方法，使兒童被拍攝、製造性影像罪刑及沒收宣告之判決，駁回其在第二審之上訴。固非無見。

二、惟按：

㈠行為人未施強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術，而以偷拍方式，對不知情之兒童或少年拍攝性影像時，因刑法妨害性隱私罪保護之主要法益係「個人性隱私」，處罰模式係以「未經同意」為基本要件，另以「強制（或違反意願）」為加重要件，與妨害性自主罪之保護法益與處罰模式有別，所謂「未經同意」，僅「未表達同意」，泛指未有合意之所有情狀，非以強制或違反意願之手段為要件，本質上不是以意思自由之侵害作為處罰對象，而「強制（或違反意願）」則指壓抑或妨害個人意思自由而言，且依兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）第36條兒少性影像犯罪之條文結構與修正之立法目的，已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），第1項之「拍攝兒少性影像罪」，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，參酌同條第3項「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」之加重處罰規定，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，為雙行為犯，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意思自由之作用，始足當之，否則，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪。再本條例經歷次修法，已大幅提高第36條第1項拍攝兒少性影像罪之法定刑（法定刑為1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以上100萬元以下罰金），其適用結果，本可視個案情節酌量適當之刑。是以行為人未施強暴、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，客觀上既無壓抑或妨害兒少意思形成或決定自由之作用，自不該當第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，此為本院最近所持之見解。

㈡依原判決之認定，上訴人因擔任夏令營之隊輔，明知參加夏令營之甲女（姓名年籍詳卷）為未滿12歲之兒童，竟基於違反本人意願之方法，使兒童被拍攝、製造性影像之犯意，於所載時地，見甲女如廁而不知情，持自備手機開啟錄影功能，自廁間下方伸向隔壁廁間，違反甲女之意願，攝錄甲女如廁之影像，使甲女被拍攝其性器之性影像，並以數位電子訊號儲存於上開手機內。如若無訛，上訴人對於不知情之甲女，以偷拍方式拍攝其性影像，既未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，復未在拍攝行為外，另以其他手段壓抑或妨害甲女之性隱私意思自由，且依判決書所載因甲女對偷拍過程不知情而無從為任何意思形成或決定，客觀上亦無壓抑或

妨害兒少性隱私意思形成或決定之作用，是否得認上訴人之行為符合本條例第36條第3項之加重要件，自有未明，乃原判決未予釐清，僅以上訴人於甲女處於不知被拍攝之狀態，無法對於被拍攝行為表達反對之意思，無異剝奪其是否同意被拍攝性影像之選擇自由，足認係以違反本人意願之方法為由，逕論處犯本條例第36條第3項以違反本人意願之方法，拍攝兒童性影像罪刑，自有適用法則不當之違法。

㈢犯罪事實應依證據認定，有罪之判決書，應於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，否則即有理由不備之違法。原判決認定上訴人有上載以偷拍之方式，對不知情之甲女拍攝其性影像犯行，依其理由之記載，係以上訴人之自白、證人即甲女之父乙男（姓名詳卷）、夏令營承辦社工陳妍蓉警詢之證述、偷拍影像畫面截圖及偷拍影像光碟等證據資料為其主要論據，惟依所採憑證人乙男、陳妍蓉分別於警詢不利之證言（見原判決第4頁第6至8行），其中關於乙男證稱當時甲女在尿尿，發現遭人持手機偷拍後，跟夏令營老師反映（應）並報案，及陳妍蓉證稱當時甲女在尿尿，看到身障廁所那邊有一部黑色手機從隔板底下縫隙伸入，她看到後便馬上穿褲子起身離開等旨之證言（見偵卷第30、34頁），縱認無訛，似均僅係聽聞甲女事後轉述其如廁時遭人持手機偷拍之過程，仍屬傳聞供證，且甲女未曾以言詞或書面指證本件被害事實，原判決並未敘明該等證言何以具實際經驗為基礎而具證據能力之理由，縱於審判期日踐履調查證據之程序，亦無從擔保其等該部分陳述內容之真確性，並據為補強上訴人自白之真實性，此與上訴人究否以偷拍方式，對不知情之甲女拍攝性影像之判斷攸關，自應釐清究明，原判決未詳加析究，逕採為上訴人犯罪之部分證據，其採證認事職權之行使，已難謂適合，並有理由欠備之違誤。又依卷證，檢察官起訴書所舉之證據方法既明載被害人遭竊錄之影片（見起訴書第2頁編號3），為明瞭甲女是否係在不知情之如廁過程中遭攝錄其性影像，及上訴人拍攝之過程及始末，

似非不能勘驗該竊錄之影片，或曉諭檢察官為其他必要之證據調查聲請，而為上旨之查證非屬不易或不能調查之事項，原審對上述疑點未調查釐清，復未為完足之說明，逕為不利上訴人之認定，有證據調查未盡及理由不備之違法。

三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而上述違背法令，影響於事實之確定及法律適用，本院無可據以為裁判，應認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　　115　　年　　2　　月　　25　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　宋松璟

法　官　何俏美

法　官　黃紹紘

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　　115　　年　　2　　月　　26　　日