

01 最高法院刑事判決

02 113年度台上字第4499號

03 上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官劉榮堂

04 被告 陳○森 男(名字、年籍及住所均詳卷)

05 選任辯護人 李孟哲律師

06 上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣
07 高等法院臺南分院中華民國113年8月22日第二審判決(113年
08 度上訴字第1064號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署112年度偵
09 字第24411號)，提起上訴，本院判決如下：

10 主文

11 原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

12 理由

13 一、本件原判決以被告陳○森(名字詳卷)於民國111年7至12月
14 不詳時間利用代號AC000-Z000000000號女子(真實姓名詳
15 卷，案發時未滿18歲，下稱甲女)熟睡之際，偷拍甲女裸露
16 胸部、下體或僅著內、衣褲之行為，非基於不對等之權力關
17 係，即非對甲女之性剝削行為，且甲女熟睡裸露下體或僅著
18 內、衣褲之影像亦非足以引起性慾之猥褻行為，因而撤銷第一
19 審論上訴人以兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之
20 違反意願之方法使少年被拍攝性影像罪刑之有罪判決，改判
21 上訴人無罪；固非無見。

22 二、惟按兒童及少年性剝削防制條例第2條將「拍攝、製造、重
23 製、持有、散布、播送、交付、公然陳列、販賣或支付對價
24 觀覽兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾
25 或羞恥之圖畫、語音或其他物品」(該條第1項第3款)明定
26 為性剝削行為；而前條所稱性影像，於刑法第10條第8項明
27 定包含「性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部
28 位」。依前開條例之立法本旨，兒童、少年被視為應維護及
29 保障的權利主體，故任何對於兒童、少年以前述方式以滿足
30 剝削者權力慾望之性活動，包含以任何方式所拍攝、製造之
31 兒童及少年性器官或客觀上足以引起性慾或羞恥感之身體隱

私部位，均屬於該條例第2條所指之性剝削行為。蓋兒童、少年對性仍處於懵懂階段，因而欠缺關於性活動隱私之防備能力，任何人對其所為之前開條例第36條所列之行為均屬基於不對等權力關係而生，尚不因性活動本身係在兒童或少年不知情之情形下所為，即認為該行為並非基於不對等權力關係而生，進而認為法律在此情形下即不保護兒童或少年關於其不被拍攝性影像之權利。原判決固認定被告有起訴書所載之未經甲女同意偷拍甲女裸露下體、胸部或僅著內、衣褲之影像行為屬實（見原判決第2至3頁）；並認兒童及少年性剝削防制條例第36條於112年2月15日修正公布，該條文第1、3項分別規定「拍攝、製造兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品」、「以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反意願之方法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品者」，與修正前該條第1、3項所規定「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」或「以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使兒童或少年被拍攝、製造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」，並未實質擴大構成犯罪之實質態樣，亦即認為修正前該條所指拍攝之標的「兒童及少年為性交或猥褻行為」實質上等同「兒童或少年之性影像或與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥者」（見原判決第4頁）。惟以(一)被告並非基於不對等權力關係對甲女施加手段所拍攝；(二)睡覺時裸露部分下體或僅著內衣、褲，並非施行足以引起他人性慾之舉動或行為之「猥褻行為」；(三)甲女並未就被告涉犯妨害秘密罪部分提告等旨，作為諭知被告無罪之論據（見原判決第6至7頁）。然(一)被告既在甲女熟睡不知情之情形下為前開偷拍行為，依該行為情境，被告是否顯然已處於得以依己意對甲女作為之不對等權力地位？原判決認定其偷拍行為非

基於不對等之權力地位下所為（見原判決第6頁第26列），已有可議；（二）從兒童及少年性剝削防制條例第36條第1、3項之構成要件來看，被告拍攝之甲女被拍攝之情狀似已合致於前開構成要件，原判決以：依現時社會之一般觀念，睡覺時裸露部分下體、或僅著內衣、褲之行為，在客觀上並非「施行足以誘起他人性（色）慾之舉動或行為之猥褻行為」等旨（見原判決第6頁第27至29列），說明被告偷拍行為與前開條文第1、3項之構成要件不合致，所持見解，亦有斟酌餘地；（三）依卷附臺南市政府學甲分局學甲派出所受理各類案件紀錄表及甲女之調查筆錄，甲女在發覺被告手機中存有上開性影像後，隨即翻拍取得前開性影像作為證據，於112年3月28日19時18分至臺南市政府警察局學甲分局提告其遭被告偷拍裸照（見警卷第11至15、19頁），原判決認定本案關於妨害秘密部分未據甲女提出告訴（見原判決第7頁第4列），亦有所載理由與卷證不符之判決理由矛盾之違誤。

三、綜上，檢察官之上訴意旨執此指摘原判決違背法令，非全無理由，且因第三審法院應以第二審判決所確定之事實為判決之基礎，原判決前揭違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。案經發回，倘為有罪判決，則併應注意上開條例第36條第6、7項關於義務沒收規定之適用，附此敘明。

據上論結，依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　11　　月　　28　　日
　　　　　　刑事第三庭審判長法官　林立華
　　　　　　法官　王敏慧
　　　　　　法官　莊松泉
　　　　　　法官　李麗珠
　　　　　　法官　陳如玲

本件正本證明與原本無異

書記官　陳廷彥

中　　華　　民　　國　　113　　年　　11　　月　　29　　日