

最高法院刑事判決

113年度台上字第2163號

上訴人 A1（名字、年籍及住址均詳卷）

選任辯護人 吳家輝律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國112年12月28日第二審判決（112年度上訴字第2892號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署111年度偵字第7770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、本件原判決維持第一審認定上訴人A1（名字詳卷）有其事實欄所載在其○○市○○區住處（址詳卷），基於不確定故意，以針孔攝影機拍攝A男（姓名詳卷，為7歲以上未滿12歲兒童）裸露生殖器隱私部位之沐浴過程畫面犯行；經比較新舊法，乃從一重論處上訴人犯修正後「兒童及少年性剝削防制條例」（以下稱本條例）第36條第3項之以違反本人意願之方法使兒童被拍攝與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之影片罪刑（共2罪，均想像競合犯兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第315條之1第2款之成年人故意對兒童犯竊錄非公開活動及身體隱私部位罪），固非無見。

二、惟按：

（一）司法院釋字第623號解釋理由書揭示：「兒童及少年之心智發展未臻成熟。...『性剝削』之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒童及少年『免於從事任何非法之性活動』，乃普世價值之基本人權」等旨。又我國雖非聯合國兒童權利公約簽約國，但於民國103年6月4日公布兒童權利公約施行法（同年11月20日施行），將聯合國兒童權利公約內國法化。104年2月4日修正公布本條例全文（原名兒

童及少年性交易防制條例），第1條規定：「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。」立法理由說明：「□保護兒童及少年免於遭致性剝削，乃普世價值。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》，透過利益（如現金、物品或勞務）交換而侵犯兒童少年與其權利，即是對兒童少年之『性剝削』。□原條文用語『性交易』修正為『性剝削』。」明確規範不容許兒童或少年放棄或處分上述基本人權，避免因任何非法之性活動而遭致性剝削之旨，並確立「性剝削」之概念較「性交易」為廣。而「性剝削」，依本條例第2條第1項規定，指下列行為：1.使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為。2.利用兒童或少年為性交或猥褻之行為，以供人觀覽。3.拍攝、製造、重製、持有、散布、播送、交付、公然陳列、販賣或支付對價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或羞恥之圖畫、語音或其他物品。4.使兒童或少年坐檯陪酒或涉及色情之伴遊、伴唱、伴舞或其他類似行為。即任何以金錢換取兒童或少年提供性活動，或利用兒童或少年欠缺經驗甚至無知，使其獲得不符合期待之對價，或使兒童或少年遭到成人性目的之利用，此等含有在不對等權力地位關係下，對兒童或少年以身體或性自主意識來滿足剝削者權力慾望之性活動，皆屬對兒童或少年之性剝削。

(二)本條例第36條第1項至第3項所列之罪，依其文義及體系解釋，乃係以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，而予以罪責相稱之不同法定刑，並於同條例第43條第1項及第2項規定減輕或免除其刑之適當調節機制以資衡平，為層級化規範，使規範密度周全，以達保障兒童及少年權益之立法目的，並符罪刑相當原則、比例原則之憲法要求。行為客體即所拍攝、製造之「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」，其中「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」，依修正理由，指性影像以外，兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、語音或其他物品。而「性影像」，依刑法第10條第8項規定，指影像或電磁紀錄含有以下5類內容：1.以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。2.以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。3.性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位。4.以身體或器物接觸前款部位，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。5.其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。其第5類之「其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為」，係性影像之概括規定，自應相類於前4種性影像始足相當，司法院釋字第617號解釋文有關「猥褻」內涵，「指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品」、「所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限」，自足資為判斷之依據。是法院於具體個案審查是否屬拍攝、製造兒童或少年（或促成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」，應本諸上揭法律規定及保障兒童或少年權利及保護兒童或少年身心健全發展之立法目的，並以行為人所為，是否為資源掌握者基於不對等權力地位壓榨下，為性影像或與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為，作為性剝削之判斷標準。

(三)原判決援引第一審判決，認定上訴人以針孔攝影機偷拍A男裸露生殖器隱私部位之沐浴畫面（見原判決第5頁第24列、第30列），說明上訴人「拍攝A男裸露生殖器影片之整體特

性，...客觀上足以刺激或引起性慾及引發羞恥感」、「其影片內容衡情當引起普通一般人羞恥或厭惡，侵害性之道德感情，有礙於社會風化，...應屬與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之影像」（見原判決第8頁第13至31列）。惟上訴人在其住處浴室裝設針孔攝影機「偷拍」A男沐浴行為，A男並不知情，上訴人之「偷拍」行為，是否係立於資源掌握者之地位，基於不對等之權力關係，對A男施加手段所拍攝，而與「性剝削」含有不對等權力地位關係下之壓榨意涵相符？原判決未為說明。又稽之卷內第一審111年12月22日勘驗上訴人針孔攝影之電磁紀錄勘驗筆錄，依截圖照片顯示，上訴人係將針孔攝影機安裝在浴室浴缸上方天花板內（似為排風孔），影像畫面係由上而下。110年7月10日21時57分至同日22時1分：「燈光亮起，錄影畫面出現一名全身未著衣服之男童〈乙男，即A男〉，乙男走進浴缸內，錄影畫面左側出現兩名女子與另一名嬰兒，兩名女子為嬰兒沐浴，鏡頭未能拍到嬰兒之身體，鏡頭由上而下對著浴缸的位置拍攝」、「乙男於浴缸內洗澡，多為背向鏡頭，未清楚拍到乙男生殖器之畫面」、「乙男於浴缸內洗澡，錄影畫面左側有兩名女子於浴盆旁為嬰兒沐浴，鏡頭拍到嬰兒的上半身」、「鏡頭拍到乙男之生殖器」。110年7月17日22時58分至同日23時2分：「乙男在浴缸內洗澡，畫面左側有一名男子（甲男，即上訴人）在浴盆旁為嬰兒沐浴，鏡頭有拍到嬰兒之身體，之後一名女子走進浴室，女子抱嬰兒離開浴室」、「乙男一邊洗澡一邊與甲男聊天」、「甲男離開浴室，乙男持續洗澡，此時鏡頭有多次拍到乙男側臉，另鏡頭由上而下拍到乙男臉部」、「乙男躺在浴缸，鏡頭拍到乙男之正臉及生殖器。之後有一名女子進入浴室如廁」等情，有第一審勘驗筆錄及截圖照片存卷可稽（見第一審不公開卷第133至151頁）。A男裸露身體，係沐浴之當然結果，且無姿態淫蕩、刻意強調性器官或有性暗示情事，過程中或有2名女子（即上訴人之配偶及其妹妹），或上訴人同時在浴室為

01 嬰兒洗澡，A男並有邊洗澡邊與上訴人聊天情形，顯示A男並
02 無羞於裸露身體，家庭成員亦以平常心面對。綜合A男之沐
03 浴過程整體特性而為觀察，參酌現時社會一般觀念，A男之
04 裸露身體，客觀上是否有施以足以誘起他人性（色）欲之舉
05 動或猥褻行為，可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述
06 聯結，而屬「與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之影
07 像」？非無研求餘地，原判決就此未為說明，亦有理由不備
08 之違法。

09 三、上訴意旨指摘原判決有理由不備等違背法令，尚非全無理
10 由。又第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基
11 礎，刑事訴訟法第394條第1項前段定有明文，原判決上述違
12 背法令，影響於事實之確定，本院無從為適用法律當否或刑
13 之量定是否妥適之判斷，無可據以為裁判，應認原判決有撤
14 銷發回更審之原因。

15 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

16 中 華 民 國 113 年 10 月 4 日

17 刑事第一庭審判長法 官 林勤純

18 法 官 劉興浪

19 法 官 蔡廣昇

20 法 官 高文崇

21 法 官 黃斯偉

22 本件正本證明與原本無異

23 書記官 鄭淑丰

24 中 華 民 國 113 年 10 月 8 日