最高法院刑事判決

114年度台上字第3016號

上　訴　人　陳○森　男（名字、年籍及住所均詳卷）

選任辯護人　李孟哲律師

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南分院中華民國114年3月19日第二審更審判決（113年度上更一字第62號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署112年度偵字第24411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南分院。

理　由

一、本件原判決以被告陳○森（名字詳卷）有第一審判決事實欄所載，於民國111年7月至12月不詳時間，在其位於ＯＯ市ＯＯ區ＯＯ街000號0樓之0住處，利用其當時女友甲女（真實姓名詳卷，案發時未滿18歲）熟睡不知情之際，持行動電話接續拍攝甲女裸露胸部、下體或僅著內、衣褲之性影像行為，因而維持第一審論上訴人以兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）第36條第3項之以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪刑，固非無見。

二、惟查，性隱私自主權與身體性自主權，係性自主權之不同面向，立法保護之法益與處罰模式亦有區別。刑法妨害性自主罪，係保護「身體性自主」之意思形成或決定自由，而妨害性隱私罪保護之主要法益則係「個人性隱私」，且由於侵害性隱私常見之手段為「未經同意」偷拍，刑法妨害性隱私罪之處罰，乃以「未經同意」為基本要件（刑法第319條之1第1項），至於強暴、脅迫等或其他違反意願之方法，則係侵害性隱私罪之加重要件（刑法第319條之2第1項）。必也其行為侵害性隱私時，另侵害不法內涵更高之性隱私意思形成或決定自由，始能適用加重處罰規定論處較重罪刑。由於兒童及少年（下稱兒少）關於性事務之自主判斷能力尚未健全，且與成年行為人資源能力落差，居於不對等權力之弱勢

地位，本條例第2條第1項第3款關於性影像之兒少性剝削，乃不區別兒少有無意願或決定權，一律加以保護。綜合觀察本條例第36條之構成要件，並參酌刑法妨害性隱私罪之規範意旨與構成要件之概念用語，本條例第36條第3項本質上屬雙行為犯，除拍攝行為外，尚須以法定之「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」壓抑兒少之性隱私意思自由始足當之。行為人倘僅以偷拍方式對不知情之兒少拍攝性影像，兒少自始不知情，既無陷於錯誤之可能，亦無從形成或表達意願，客觀上並無壓抑或妨害兒少意思形成或決定自由之作用，難謂屬該項所定之「詐術」或「其他違反本人意願之方法」，自不該當本條例第36條第3項之加重構成要件。準此，此類行為若未另具同條第2項之非法手段或第4項之營利意圖，應逕依同條第1項之拍攝兒少性影像罪論處，並由法院於1年以上7年以下有期徒刑之法定刑範圍內，依個案情節量刑，以兼顧法益保護與罪刑法定原則，此乃本院最近統一之見解。

三、本件原判決既認定上訴人係利用甲女熟睡不知情之情形下拍攝甲女之性影像照片，則其未及依上開本院最近統一之見解審酌：上訴人既未對甲女施強暴、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，且因甲女對偷拍過程始終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甲女性隱私意思形成或決定之作用，上訴人所為是否符合本條例第36條第3項之加重要件？其認定上訴人未經甲女同意，在甲女熟睡之際拍攝其性影像，屬以違反本人意願之方法使甲女被拍攝性影像，維持第一審論處上訴人犯本條例第36條第3項以違反本人意願之方法，拍攝兒少性影像罪刑，自有適用法則不當之違法。再者，調查證據完畢，於就事實及法律分別辯論後，應就科刑範圍辯論之，刑事訴訟法第289條第1、2項定有明文。原判決維持第一審判決，以上訴人於本案犯行前並無因犯罪受刑宣告之前案紀錄，素行尚稱良好，犯後業已坦

承犯行有悔，另審酌上訴人經甲女發現其本案犯行後，已與甲女達成和解，依約定給付甲女新臺幣5萬元，所拍攝之性影像照片並已當場刪除，持以拍攝之行動電話復已銷毀，依刑法第59條規定酌減其刑後，量處有期徒刑3年7月，所量處之刑度不符刑法第74條第1項規定之緩刑要件，無從依上訴人及其第一審辯護人之請求審酌是否為緩刑宣告之判決。而依本院最近統一之見解，是類犯罪由法院於1年以上7年以下有期徒刑之法定刑範圍內，依個案情節量刑，並非當然不符合宣告緩刑之要件。上訴意旨執以指摘原判決違背法令，核為有理由，而原判決前揭違誤，已影響於量刑事實之認定，本院無從據以為裁判，為維護上訴人之審級利益，應認原判決仍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　　4　　月　　16　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　莊松泉

法　官　陳如玲

法　官　鄭富城

法　官　王敏慧

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　20　　日