最高法院刑事判決

114年度台上字第3549號

上　訴　人　張坤宏

選任辯護人　蔡文健律師
　　鄭植元律師
　　黃信豪律師

上列上訴人因家暴違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國114年4月30日第二審判決（113年度上訴字第953號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署113年度偵字第14302、18414號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於附表壹編號1至8、9-1至9-4、10、11所示部分均撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理　由

一、本件原判決認定上訴人張坤宏有其事實欄（下稱事實欄）一之㈠、㈡(包含其附表〈下稱附表〉壹編號1至8、9-1至9-4、10、11)所載之犯行，因而維持第一審關於依想像競合犯之例，從一重論處上訴人家庭成員間犯民國113年8月7日修正公布、同年月9日生效施行之兒童及少年性剝削防制條例(下稱性剝削防制條例)第36條第3項以違反本人意願之方法，使少年被拍攝性影像共計14罪刑部分之判決(其中附表壹編號1至7、10、11所示犯行，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款之成年人故意對少年犯無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪；附表壹編號8、9-1至9-4所示犯行，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、112年2月8日增訂公布，同年月10日生效之刑法第319條之1第1項之成年

人故意對少年犯未經他人同意，無故以錄影方法攝錄其性影像罪)，駁回上訴人就此部分所為第二審上訴。固非無見。

二、惟按：

㈠性剝削防制條例第36條關於兒童及少年性影像處罰方式區分為一般、意圖營利、引誘或媒介、強制、常業犯等五種。自其條文結構與立法目的以對不同之行為方法及不法內涵，其後於性剝削防制條例第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)，使罪責相當。從法條字面意義解釋，性剝削防制條例第36條第1項拍攝兒少性影像罪之處罰，並未針對被害人知情與否之主觀狀態，另設要件或限制，只要拍攝未滿12歲兒童或12歲以上未滿18歲少年(下稱兒少)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。是綜合觀察性剝削防制條例第36條之構成要件，並參酌刑法妨害性隱私罪之規範意旨(保護之主要法益係「個人性隱私」)與構成要件之概念用語(以「未經同意」為基本要件，另以「強制〈或違反意願〉」為加重要件)，為維護妨害性隱私罪處罰之一貫性，解釋上，以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝其性影像，即屬性剝削防制條例第36條第1項文義解釋之射程範圍。倘若行為人另有招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法而「促使或助益」兒少性影像拍攝之行為，甚或進一步壓抑、妨害兒少性隱私之意思自由，以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」行之，始依同條第2項或第3項之加重規定處罰。

又有別於性剝削防制條例第36條第1項之一般處罰規定，同條第3項另以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」作為加重要件。從第3項設定之構成要件以觀，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，本質上屬雙行為犯。而保護個人意思自由之刑罰法律，關於「強暴、脅迫等或其他違

反本人意願之方法」之規定，雖不以類似於所列舉之強暴、脅迫等高度強制行為為必要，低度強制行為亦包含在內，但仍須其行為客觀上足以壓抑或妨害被害人意思自由(例如1.以強暴、脅迫壓抑其意思自由；2.以藥劑或催眠術等方法造成其認識或意願形成之缺損；3.以具法益關聯性之詐術不當影響其關鍵決定；4.營造其無助或弱勢之處境，使之難以、不易、不敢逃脫或抗拒等)，始足當之。因此，性剝削防制條例第36條第3項犯罪之成立，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之意思自由，而以不法程度較高之方式侵害其性隱私自主權，方能依性剝削防制條例第36條第3項之加重規定論處。否則，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪。從而，行為人以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，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兒少之性隱私意思自由，自不該當性剝削防制條例第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項之規定處罰。此為本院最近之統一見解。

㈡原判決係認定：上訴人基於以違反本人意願之方法，使少年被製造性影像，及成年人故意對少年無故竊錄身體隱私部位之犯意，在其行為時與同居女友即代號AV000-S113040011A(真實姓名、年籍詳卷，下稱丙女)及丙女之未成年女兒即代號AV000-S113040011(94年10月生，真實姓名、年籍詳卷，下稱甲女)同住於高雄市○○區之住處(址詳卷，下稱本案處所)時，在甲女不知情之情況下，先後以事實欄一之㈠、㈡所示之方式，拍攝、竊錄附表壹編號1至8、9-1至9-4、10、11所示「影像畫面」欄所載甲女之性影像。則原判決未認定上訴人有施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，或有無在拍攝行為外，另以其他手段壓抑或妨害兒少之性隱私意思自由，客觀上有壓抑或妨害兒少性隱私意思形成或決定之作用

之情形，遽認上訴人所為符合性剝削防制條例第36條第3項以違反本人意願之方法之加重要件，已嫌理由欠備。

㈢卷查：上訴人與丙女於113年2月9日前，為同居之男女朋友關係，而甲女為丙女之女兒，其等同住於本案處所。又上訴人於偵查中亦供稱：甲女從小由其照顧到長大等情(見偵字第14302號卷第48頁)，足認上訴人與甲女關係密切，長期居住於本案處所，對該處所有一定管理或控制權限。再者，上訴人因與丙女具男女朋友同居關係，對甲女而言，係長期同住長輩，具有一定信賴關係，無從對其平日家庭生活之居住使用空間，會遭上訴人裝設錄影設備偷拍等節，有何事先預想並進而防範之可能。且依原判決認定，偷拍處所包含本案處所之「浴室」、「甲女個人房間」、「客廳」等處，遍及個人私密生活空間及共同生活空間；上訴人供承：攝影鏡頭要插在行動電源上，浴室天花板抽風機空間很小，只能裝小型行動電源，錄影最多1小時就沒有電，要把SD卡拔下來裝在電腦上才能看，每次錄影時間錄到行動電源沒電為止等語(見偵字第14302號卷第47頁、原審卷第287頁)。如果屬實，則上訴人係將攝影鏡頭藏於不易為人發現之「浴室天花板抽風機」內，復為配合該處狹小空間，只能裝設小型行動電源，於行動電源電力耗盡後，需更換充電之行動電源俾繼續攝錄。則上訴人前揭行為，除拍攝之基本行為外，上訴人在其與甲女共同居住，可管理、使用、控制之場所，「以浴室天花板抽風機內藏放攝影鏡頭」之積極行為，是否另有妨害被害人性隱私意思決定之自由，並影響其對於拍攝性影像成功與否之關鍵作為，而與甲女單純「未表達同意」有別？有無該當於性剝削防制條例第36條第3項之「詐術」或有無其他違反意願之方法？容有研求餘地。此攸關上訴人此部分犯行應成立之罪名，自應予究明，並詳為論敘得心證之理由。乃原判決未予調查、釐清，僅以：甲女處於不知被拍攝狀態，而無從對於被拍攝行為表達反對之意，上訴人所為實已剝奪甲女是否同意被拍攝性影像之選擇自由，自有妨礙甲女

意思決定之作用，無異壓抑甲女之意願而使其形同被迫遭受偷拍性影像之結果，屬於「違反本人意願之方法」為由，逕行論以上訴人犯性剝削防制條例第36條第3項之「以違反本人意願」之方法，拍攝兒少性影像罪刑，有適用法則不當之違法。

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，且前揭原判決違背法令，影響於事實之確定及法律之正確適用，本院無可據以為裁判，應認原判決關於附表壹編號1至8、9-1至9-4、10、11所示部分，均有撤銷發回更審之原因。

又上訴人所犯附表壹編號9-5所示之罪，係犯刑法第319條之1第1項之未經他人同意，無故攝錄他人性影像罪；附表壹編號12所示之罪，係犯刑法第319條之1第1項、第4項之未經他人同意，無故攝錄他人性影像未遂罪，均為最重本刑3年以下有期徒刑之罪，依刑事訴訟法第376條第1項第1款規定，不得上訴於第三審法院。上訴人未就此部分提起上訴(見本院卷第39頁刑事聲明上訴狀)，並經檢察官指揮執行，均不在本院審理範圍，附此敘明。

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　　9　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　洪于智

法　官　吳秋宏

法　官　蘇素娥

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　13　　日