最高法院刑事判決

114年度台上字第4010號

上　訴　人　沈○○　（姓名、年籍及住所資料詳卷）

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國114年4月29日第二審判決（113年度侵上訴字第108號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署112年度調偵字第748、752號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於以違反本人意願之方法使少年被製造性影像部分撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（以違反本人意願之方法使少年被製造性影像）部分：

一、原判決引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，認定上訴人沈○○有如其犯罪事實欄（下稱事實）二所示之犯行，因而維持第一審論處上訴人犯如其附表（下稱附表）編號3所示以違反本人意願之方法使少年被製造性影像罪刑及為相關沒收之判決，駁回上訴人對於上開部分在第二審之上訴，固非無見。

二、按兒少關於性事務之自主判斷能力尚未健全，相對於成年行為人而言，復存在資源與能力之落差，而居於不對等權力之弱勢地位。因此，只要成年人對兒少為性之互動或利用（含性相關行為或性影像之拍攝），即屬兒少性剝削之範疇。兒童及少年性剝削防制條例（下稱兒少性剝削條例）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。從而，只要拍攝兒少性影像，就已侵害兒少性隱私與身心健全發展之法益，其行為本身即具剝削性，而屬本條例禁止之兒少性剝削行為。兒少性剝削條例為落實保護兒少之性隱私與身心健全發展，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），使罪責相當。從法條字面意義解釋，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，只要拍攝兒少之性影像，即符合拍攝兒少性影像罪之一般處罰規定。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。有別於第1項之一般處罰規定，第3項係以「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，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，始足當之。因此，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，方能依第36條第3項之加重規定論處（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）。否則，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪，此係本院最近統一之見解。

三、經查，原判決引用第一審判決事實㆓之認定：上訴人與代號BQ000-S111060003號之未成年女子（民國00年0月生，姓名詳卷，下稱B女）前為男女朋友關係，知悉B女為12歲以上未滿18歲之少年，於111年4月12日1時46分許，持具攝錄功能

之OPPO廠牌手機，與B女視訊裸聊時，基於製造少年性影像之犯意，未經B女同意，以螢幕錄影方式製造含有B女隱私部位及猥褻行為之性影像。並引用第一審之判決理由敘明：上訴人未事先取得B女同意，使B女處於不知被以螢幕錄影方式製造性影像之狀態，以致無法對於上訴人之行為表達反對意思，乃剝奪少年是否同意被製造性影像之選擇自由，屬以違反本人意願之方法使少年被製造性影像。原判決理由並補充敘明：當今一般手機之功能，在通訊過程中雖可輕易開啟同步錄影，然此未能擬制通訊之對方即有接受錄影之意思或授權，就個人之性隱私，當具有更高度之保障，不能僅因使用之手機可以輕易開啟同步錄像、擷圖，即認為已獲得當事人之同意而不違反其本人意願，據以指駁上訴人主張應僅成立兒少性剝削條例第36條第2項之罪名無足憑採等旨（見第一審判決第8頁第12至18行，原審判決第2頁第14至31行）。上情倘若無誤，上訴人在以手機與B女視訊過程中，於B女不知情下，開啟手機之螢幕錄影功能使B女被錄製其性影像，既未施以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，復未在錄製行為外，另有其他壓抑或妨害其性隱私意思自由，而違反B女本人意願之方法，且因B女對整個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其性隱私意思形成或決定之作用，是否仍得認上訴人之行為該當於本條例第36條第3項違反本人意願之加重構成要件？又上訴人與B女於視訊過程中，B女何以裸露身體隱私部位？上訴人有無引誘以促使B女裸露身體隱私部位而使B女被拍攝或製造性影像之行為？所為又是否合於本條第2項以他法「促使或助益」性影像拍攝之情形？以上疑點攸關上訴人之行為究應論以本條例第36條第1項、第2項或第3項之罪名。乃原判決未根究明白，逕以上訴人未經同意擅自攝錄B女性影像，顯具妨礙其意思決定之作用，無異壓抑B女之意願形同被迫遭受偷拍性影像之結果為由，論處上揭罪刑，自有調查未盡及適用法則不當之違法。

四、上述違背法令，為上訴意旨所指摘，且影響於事實之確定及法律之適用，本院無可據以為裁判，應認關於以違反本人意願之方法使少年被製造性影像部分有撤銷發回更審之原因。又此部分既經本院撤銷，則原判決酌定之應執行刑，已失所附麗，宜俟上訴人所犯數罪全部確定後，再由執行檢察官聲請定應執行刑，併予敘明。

貳、上訴駁回（對於未滿14歲之女子為性交）部分：

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。原判決引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，認定上訴人有事實一之㈠、㈡所示之犯行，因而維持第一審論處其犯附表編號1、2所示對於未滿14歲之女子為性交共2罪刑之判決，駁回上訴人對於上開部分在第二審之上訴，已詳敘其所憑證據及認定之理由。

二、上訴意旨略以：上訴人因一時年輕性慾衝動犯下本案，且自始坦承犯行，並與被害人代號BQ000-A111061號之未成年女子（00年0月生，姓名詳卷，下稱A女）達成調解，現正履行中，犯後態度良好，原判決未審酌上情，量刑實屬過重，難認允當云云。

三、按刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。原判決就上訴人所犯上揭2罪，已說明第一審經考量其客觀犯罪情節、主觀惡性，與所犯法定最低本刑相較，有情輕法重堪以憫恕之處，依刑法第59條規定，酌減其刑，並以第一審係以行為人之責任為基礎，考量上訴人之犯罪動機、

手段、情節、所生損害、素行、坦承犯行、已與A女達成調解並按期履行，A女之母表示不再訴追之意等犯罪後態度，及其智識程度、工作、家庭生活及經濟狀況等刑法第57條科刑之一切情狀綜合審酌，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，因而維持第一審所示刑之量定等旨。客觀上既未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有濫用其裁量權限之違法情形，自不得任意指摘原判決量刑違法。上訴意旨所指各情，均經併列為量刑審酌因素如前，其據以指摘原判決維持第一審之量刑過重，無非係就原審量刑職權之適法行使，及已於判決內明確說明之事項，任意指摘為違法，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。依首揭說明，此部分之上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　30　　日

刑事第九庭審判長法　官　林英志

法　官　劉興浪

法　官　蔡廣昇

法　官　陳德民

法　官　許泰誠

本件正本證明與原本無異

書記官　鄭淑丰

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　4　　日