最高法院刑事判決

114年度台上字第4029號

上　訴　人　翁呈瑋

選任辯護人　張峻瑋律師
　　林珊玉律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國114年5月28日第二審判決（114年度上訴字第1294號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第1261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、本件原判決以上訴人翁呈瑋經第一審判決論處犯兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）第36條第5項、第3項之以違反本人意願之方法，使少年被拍攝性影像未遂罪刑，並諭知相關沒收宣告之判決後，上訴人不服提起第二審上訴。經原審審理結果，維持第一審判決，駁回其在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

㈠上訴人行為時之本條例第36條第1項規定：「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，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金」；第3項規定：「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、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，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣500萬元以下罰金」。

㈡本條例第36條之拍攝兒童或少年（下稱兒少）性影像犯罪，係以第1項之「拍攝兒少性影像」為基本要件，第3項之行為

方法則為加重要件。不論依文義解釋、體系解釋及目的論解釋，本條例第36條第3項之加重要件，必須具有壓抑或妨害兒少意思自由之作用，始足當之。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，且因兒少對偷拍過程始終不知情，無從為任何意思形成或決定，客觀上亦無壓抑或妨害兒少性隱私意思形成或決定之作用可言，自非本條例第36條第3項所定其他違反本人意願之方法，不能論以該罪，亦不因其行為地點（是否係公共空間）、行為人與兒少之關係（是否熟識）、拍攝時間短暫與否，而異其判斷；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項之規定論處。至偷拍行為若同時該當兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第319條之1第1項之成年人故意對兒少犯未經同意無故攝錄其性影像罪之要件，則屬同一犯罪行為同時有二種法律可資處罰之法規競合情形，應依重法優於輕法、特別法優於普通法之原則，擇較重之本條例第36條第1項拍攝兒少性影像罪論處。此有依本院刑事大法庭裁定見解作成之114年度台上字第1405號判決可資參照。

㈢依原判決認定之事實，上訴人明知被害人A女（人別資料詳卷）係未滿18歲之少年，趁A女在超商結帳不知情之際，將其所有之手機夾入腳與拖鞋之間，再抬腳伸入A女裙底，著手拍攝A女裙底包含臀部在內身體隱私部位、在客觀上足以引起性慾或羞恥之性影像，惟未得手而不遂。倘若無誤，上訴人對於不知情之A女，著手以偷拍方式拍攝其性影像，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A女之性隱私意思自由；且因A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A女性隱私意思形成或決定之作用；是否得認上訴人之行為符合本條例第36條第3項之加重要件，自有未明。乃原判決未予釐清，以：上訴人係趁A女結帳不

知情之際，欲使A女被拍攝性影像，縱未得逞，仍已剝奪A女是否同意被拍攝性影像之選擇自由，且無異壓抑其個人意願，而使其形同被迫而遭受偷拍性影像之結果，自屬「違反本人意願之方法」為由，逕論處上訴人犯本條例第36條第5項、第3項以違反本人意願之方法，使少年被拍攝性影像未遂罪刑，自有適用法則不當之違法。

三、上訴意旨指摘及此，且前揭違背法令，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。又上訴人行為後，本條例於民國113年8月7日修正公布，除第3條、第8條、第8之1條、第47條施行日期由行政院定之外，自公布日施行（同年月9日生效）；其中第36條第1項至第3項、第7項增訂無故重製之行為，將其納入犯罪行為予以處罰，並定明第1項罰金下限。案經發回，併應注意相關之刑罰規定及新舊法比較之適用。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　　3　　月　　4　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　楊智勝

法　官　高玉舜

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

本件正本證明與原本無異

書記官　林怡靚

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　11　　日