最高法院刑事判決

114年度台上字第4033號

上　訴　人　BH000-S112110005B

（真實姓名、年籍均詳卷）

選任辯護人　王炳人律師

上列上訴人因家暴妨害性隱私案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年5月20日第二審判決（114年度上訴字第181號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署113年度偵字第2542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中分院。

理　由

一、原判決認定上訴人BH000-S112110005B(真實姓名、年籍均詳卷)有如原判決事實欄所載之犯行，因而維持第一審就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條(兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之以違反本人意願之方法，使少年被拍攝電子訊號罪)，依想像競合犯規定，從一重論處上訴人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319條之1第1項之成年人故意對少年犯攝錄他人性影像罪刑(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竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪)，以及諭知相關沒收之判決，駁回上訴人及檢察官在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

㈠行為人未施強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術，而以偷拍方式，對不知情之兒童或少年拍攝性影像時，因刑法妨害性隱私罪保護之主要法益係「個人性隱私」，處罰模式係以「未經同意」為基本要件，另以「強制（或違反意願）」為加重要件，與妨害性自主罪之保護法益與處罰模式有別，所謂「未經同意」，僅「未表達同意」，泛指未有合意之所有情狀，非以強制或違反意願之手段為要件，本質上不是以意思

自由之侵害作為處罰對象，而「強制（或違反意願）」則指壓抑或妨害個人意思自由而言，且依兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）第36條兒童或少年(下稱兒少)性影像犯罪之條文結構與修正之立法目的，已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），第1項之「拍攝兒少性影像罪」，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，其適用並未排除偷拍兒少性影像之情形，參酌同條第3項「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」之加重處罰規定，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，為雙行為犯，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意思自由之作用（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。否則，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪。再本條例經歷次修法，已大幅提高第36條第1項拍攝兒少性影像罪之法定刑（法定刑為1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以上100萬元以下罰金），其適用結果，本可視個案情節酌量適當之刑。行為人未施強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術，而以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，客觀上既無壓抑或妨害兒少意思形成或決定自由之作用，不符合第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項之規定論處。至本條例第36條性影像之認定，應適用刑法第10條第8項第2款之規定，包含「性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」之影像或電磁紀錄，不侷限於特定對象的「行為（含性

活動）」過程。且依本條例保護兒少之性隱私與身心健全發展，防止性影像之兒少性剝削等規範目的，參酌妨害性隱私罪關於猥褻性（具性意涵）及合理隱私期待之要件，為合目的性之解釋，縱偷拍洗澡，或以內褲或內衣包覆之兒少性器或身體隱私部位，客觀上足以造成羞恥，或引起性慾，依刑法第10條第8項第2款之規定，即應認係本條例第36條之兒少性影像，此為本院最近統一之見解。

㈡原判決認定：上訴人於民國112年11月20日21時35分許，在苗栗縣○○鄉住處(完整地址詳卷)，趁告訴人即被害人A女(代號：BH000-S112110005，98年6月生，真實姓名、年籍均詳卷)在浴室內洗澡時，未經A女之同意，持其所有之手機置於浴室氣窗前，拍攝A女洗澡之非公開活動及身體隱私部位之性影像等情。並引用本院刑事大法庭統一見解前之本院113年度台上字第2162號判決意旨，據以說明：本條例係保障兒少之性隱私，防止被「性剝削」。本條例第36條第3項之構成要件，以被害之兒童或少年係於「性活動」過程中，因處於不對等之權力地位關係，或受違反本人意願之手段所迫，遭拍攝性影像或其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之相關產製物品，致個人私領域核心之性隱私遭受侵害，而有性剝削之情形，始足當之。因認公訴意旨所指上訴人犯本條例第36條第3項之違反意願拍攝兒少性影像罪，尚有未洽，而依刑事訴訟法第300條規定，就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條，並依想像競合犯規定，從一重論處上訴人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319條之1第1項之成年人故意對少年犯攝錄他人性影像罪刑(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款成年人故意對少年犯竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪)等語。原判決關於本條例第36條第3項之規定，係以被害之兒少於「性活動」過程中遭拍攝性影像，而有性剝削之情形為要件。本件A女係於洗澡時遭拍攝，並非性活動過程中遭拍攝之性剝

削，而無其適用一節。依上開說明，已有適用法則不當之違誤。又本條例第36條第1項之拍攝兒少性影像罪之規定，係刑法第319條之1第1項之攝錄他人「性影像」罪之特別規定，自應優先適用，原判決逕行適用上開刑法之規定，同有適用法則不當之違誤。再者，參以A女於警詢時證稱：我洗澡時，聽到有人「開」氣窗的聲音等語（見偵查卷第20頁）。倘若可信，以A女於浴室密閉之空間內洗澡，上訴人擅自開啟氣窗，以利拍攝，則上訴人於拍攝前，若有擅自「開啟」氣窗之行為，是否除拍攝之基礎行為外，另有實行其他違反A女意願之手段?此是否屬於營造無助或弱勢之處境，使A女難以、不易、不敢逃脫或抗拒，而壓抑或妨害A女之性隱私意思自由?仍有研求之餘地。此事涉上訴人所犯究係本條例第36條第1項或第3項之罪之認定，自應詳加調查、釐清，並說明其論斷之理由。原判決未予調查明白，亦未就此為必要之說明，逕論以上訴人成年人故意對少年犯攝錄他人性影像罪，有調查職責未盡、理由不備及適用法則不當之違誤。

三、以上為本院得依職權調查之事項，且原判決上述違背法令，已影響於犯罪事實之確定及法律之正確適用，本院無從自為判決，應認原判決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　　3　　月　　19　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　蘇素娥

法　官　洪于智

法　官　吳秋宏

法　官　周政達

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡茹

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　23　　日