最高法院刑事判決

114年度台上字第4918號

上　訴　人　陳柏融

選任辯護人　何永福律師

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5月29日第二審判決（114年度上訴字第614號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署113年度偵字第8676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、本件原判決認定上訴人陳柏融有如其所引用第一審判決犯罪事實欄所載違反未成年之A女（姓名詳卷）之意願，而拍攝性影像之犯行，因而維持第一審論處上訴人犯以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪刑，及為相關沒收諭知之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

㈠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，且相對於成年行為人而言，存在資源能力落差，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。從而，兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）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，此由本條例第1條之規定及第2條立法說明揭示：保護兒少身心健全發展，免於遭受任何形式之性剝削、從事色情表演或作為色情之題材而助長性差別待遇意識，避免觀看兒少色情圖畫、照片之人，採取實際行動侵害兒少，提高犯罪之危險性各旨，即可印證。參之已經內國法化之兒童權利公約第34條，要求締約國防止

兒少被用於色情表演或作為色情之題材等意旨亦明。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。再者，從法條字面意義解釋，本條例第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。從而，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，不該當本條例第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項之規定論處，已經本院刑事大法庭作成114年度台上大字第1405號裁定在案，而屬本院最近一致之見解。

㈡本件依原判決之認定，上訴人與A女前為男女朋友。上訴人明知A女為未成年之少年，性隱私之自主決定意思未臻成熟，竟基於以違反本人意願之方法使未滿18歲之少年被拍攝性影像之犯意，在與A女發生性行為之際，利用A女不知情之機會，以手機攝錄兩人性交之影片，以此方式使A女被拍攝性影像等情（原判決第12頁）。如果無訛，上訴人似係利用A女不知情之機會，以偷拍方式拍攝性影像。則上訴人是否有以本條例第36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，使A女被拍攝性影像一事，未見原判決依卷證資料，以為說明。乃原判決未予釐清，僅以上訴人在與A女發生性行為時，以手機拍攝與A女性交行為之性影像，使A女處於不知被拍攝之狀態，而無從對於被拍攝行為表達反對之意等理由，認定上訴人成立本條例第36條第3項以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪等旨（原判決第8頁）。自有適用法則不當之違法。

三、以上為本院得依職權調查之事項，且上訴人有無以本條例第36條第3項之方式為之，尚屬未明，是前揭違背法令，已影

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。

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　　1　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　洪兆隆

法　官　高文崇

法　官　陳芃宇

法　官　吳冠霆

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡屏

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　7　　日