最高法院刑事判決

114年度台上字第4929號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官周盟翔

被　　告　廖修晨

上列上訴人因被告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6月17日第二審判決（114年度上訴字第680號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署113年度偵字第3670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、本件原判決撤銷第一審論處被告廖修晨犯以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像未遂罪刑，及為相關沒收、追徵之諭知之判決，改判論處被告成年人故意對少年犯以違背本人意願之方法，以錄影攝錄其性影像未遂罪刑，及為易科罰金折算標準、相關沒收、追徵之諭知之判決。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，對不知情之兒少拍攝性影像，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，被告明知A女（姓名詳卷）為未滿18歲之少年，且依被告之智識及一般社會生活通常經驗，應可知悉女子如廁時會褪下其內褲，如持開啟攝錄功能之智慧型手機攝錄廁所內情景，可能因此攝錄客觀上足以引起性慾或羞恥之該女子身體隱私部位或其他相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之如廁行為之影像（即性影像），竟基於違背A女意願，以錄影方式，竊錄A女性影像之犯意，尾隨A女進入校內大樓女廁，並於A女所在隔壁廁所，持手機（開啟攝錄功能），欲伸入廁所隔間下方隔板處，拍攝性影像。嗣因A女發覺有異聲，並疑見有手機在對其攝錄，因而跑出該廁間，方未攝得任何照片或影像而不遂等情。如果無訛，被告既已著手對不知情之A女拍攝如廁行為等性影像，僅因A女察覺有異而不遂，是否不得認被告已符合本條例第36條第1項之構成要件？乃原判決未予釐清，僅以：1、任何以金錢換取兒少提供性活動，或利用兒少欠缺經驗甚至無知，使其獲得不

符合期待之對價，或使兒少遭到成人性目的之利用，此等含有在不對等權力地位關係下，對兒少以身體或性自主意識來滿足剝削者權力慾望之性活動，方屬對兒少之性剝削（原判決第4至5頁）。2、本條例第36條第1項所規範之拍攝兒少性影像，其規範者當係指在兒少知情狀況下而為拍攝，如兒少在不知情狀況之下被拍攝性影像，應非該條項所欲規範之對象（原判決第5頁）等理由，認被告不該當檢察官起訴書所指本條例第36條第5項、第1項所規範之「拍攝兒童或少年性影像」之構成要件，而僅成立兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項、刑法第319條之2第4項、第1項之成年人故意以違背本人意願之方法，以錄影攝錄其性影像未遂罪，自有適用法則不當之違法。另原判決主文及理由中，固認被告係以錄影方式，攝錄A女性影像未遂；然於事實中卻又認A女發覺有異，被告方未攝得任何「照片」或影像（原判決第2頁）。則被告究係欲以攝影、拍照或二者兼具之方式，拍攝A女之性影像，未見原判決究明，亦難謂無判決事實與理由矛盾之違法。

三、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且前揭違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決此部分有撤銷發回更審之原因。又被告所涉犯刑法第315條之1第1款無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開活動部分，雖屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定不得上訴於第三審法院之罪，基於審判不可分原則，應併予發回。

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　　11　　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　　3　　月　　17　　日