最高法院刑事判決

114年度台上字第4935號

上　訴　人　李 想

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年5月22日第二審判決（114年度侵上訴字第6號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署112年度偵字第22776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拍攝性影像部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回部分

一、本件原判決維持第一審依想像競合犯，從一重論處上訴人李想犯兒童及少年性剝削防制條例第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刑及沒收宣告之判決，駁回其在第二審關於此部分之上訴。固非無見。

二、惟按：

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條兒少性影像犯罪之條文結構與修

正之立法目的，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，始足當之，否則，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪。是以行為人未施強暴、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，自不該當第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，此乃本院最近所持之見解。

㈡依原判決引用第一審判決犯罪事實二之認定，係上訴人以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像之犯意，於民國111年12月1日在其位於○○市○○區○○街000號00樓之1居所內與14歲以上未滿16歲之被害人A女（姓名年籍詳卷）為性交行為時，藉以口罩遮住A女眼睛之機會，未得A女同意，以手機錄影方式竊錄A女之性影像，理由則敘明上訴人未經A女同意以手機偷拍2人性交影像，具有妨礙A女意思決定之作用，無異壓抑其意願，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」，應依本條例第36條第3項規定論處，並據以指駁上訴人主張應僅成立本條例第36條第2項之罪名無足憑採等旨（見原判決第7頁第13至17行、第4頁第4至8行）。如若無訛，上訴人係以手機偷拍方式對不知情之A女攝錄性影像，似未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、

催眠術等手段，且依原判決所載，因A女對偷拍過程不知情，客觀上似無壓抑或妨害其性隱私意思形成或決定之作用可言，依上開說明，能否認上訴人之偷拍行為符合本條例第36條第3項所定「其他違反本人意願之方法」，尚有未明。又原判決既認定上訴人攝錄過程另有藉以口罩遮住A女眼睛之機會，然並未說明是否係上訴人所為？且該行為態樣是否足以壓抑或妨害A女意思自由之作用？或有無促使或助益本件性影像拍攝之情形？此與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項之罪名攸關，乃原判決未根究明白，並敘明其論斷之理由，逕以上訴人偷拍或竊錄A女性影像，顯具妨礙其意思決定之作用，無異壓抑A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。

三、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拍攝性影像罪部分有撤銷發回更審之原因。又與此部分有裁判上一罪，不得上訴第三審之刑法第315條之1第2款之無故竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪部分，基於審判不可分原則，自應併予發回。

貳、上訴駁回部分

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。

二、本件原判決以上訴人經第一審判決論處犯對於14歲以上未滿16歲之女子為性交2罪刑後，明示僅就第一審判決量刑部分不服而提起第二審上訴，經原審審理結果，維持第一審科刑

部分之判決，駁回其在第二審此部分刑之上訴，已載敘審酌裁量之依據及理由，有卷存資料可資覆按。

三、上訴理由略以：其因患有「適應障礙症」等心理疾病致觸犯罪，並提出相關醫療證明，此攸關其有無刑法第19條第1項、第2項減免其刑規定適用，原審未將其送鑑定，量刑時亦無考量其患有上開病症，即維持第一審之量刑，有調查未盡及理由欠備之違法。

四、刑事訴訟法第163條第2項但書規定，法院基於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，固應依職權調查證據，然此須法院於當事人主導之證據調查完畢後，認事實猶未臻明確，始負調查之義務，若所欲證明之事項已臻明瞭，法院未依上開規定調查，亦難謂有調查職責未盡之違法可言。又當事人、辯護人等聲請調查之證據，有無調查之必要，屬事實審法院自由裁量行使之範疇。原判決就上訴人主張患有注意力缺損過動症，於行為時辨識自己行為違法或依其辨識而行為之能力顯著降低，請求囑託臺北市立聯合醫院精神科鑑定一節，依憑卷證，已記明上訴人行為時之智識程度、精神狀態，難認有刑法第19條第2項之精神障礙或其他心智缺陷，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力顯著降低情事，就上訴人及其原審辯護人聲請精神鑑定一節，何以不具調查之必要性，已記明其裁酌理由，以事證明確，未再為其他無益之調查，難謂有所指證據調查職責未盡之違法。

五、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，已記明如何以行為人之責任為基礎，綜合審酌刑法第57條科刑等一切情狀，說明考量上訴人之犯罪動機、目的、手段、情節、所生損害、素行、坦承犯行之態度，已與A女及其法定代理人達成和解並為賠償、智識程度、工作、家庭生活及經濟狀況等各情，在罪責

原則下適正行使其量刑之裁量權，而維持第一審所示刑之量定，核其量定之刑罰，已屬低度，復兼顧相關有利與不利之科刑資料，所定之執行刑非以累加方式，亦給予適當之恤刑，客觀上並未逾越法定刑度或範圍，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，自不得僅摭拾量刑未詳予記敘或擷取其中片段，執以指摘原判決量刑違法。

六、綜合前旨及其餘上訴意旨，無非係單純就原審前述量刑裁量權之合法行使，徒以自己說詞，任意指為違法，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，應認其本部分之上訴為不合法律上之程式，予以駁回。

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　　8　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　宋松璟

法　官　何俏美

法　官　黃紹紘

法　官　汪梅芬

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　10　　日