最高法院刑事判決

114年度台上字第6501號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官洪敏超

被　　告　李浩瑋

上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國114年7月9日第二審判決（113年度上訴字第6942號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署113年度調偵字第779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、本件原判決以被告李浩瑋有其事實欄所載無故攝錄他人性影像犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判論處被告成年人故意對少年犯無故攝錄他人性影像（併就被訴違反兒童及少年性剝削防制條例〈下稱兒少性剝削條例〉第36條第3項之以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪嫌部分，不另為無罪之諭知）。固非無見。

二、惟查：

㈠兒少性剝削條例第36條第1項拍攝兒童或少年性影像罪(以下簡稱罪名為拍攝兒少性影像罪)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，只要拍攝兒童或少年（下稱兒少）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。因此，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項之以違反本人意願之方法使兒少被拍攝性影像罪構成要件；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，擇較重之兒少性剝削條例第36條第1項拍攝兒少性影像罪論處。此為本院最近之統一見解。

依原判決事實欄所載，係認定被告於搭乘臺北捷運板南線行駛之編號3163號捷運列車（下稱本案列車）時，見搭乘本案列車之未成年人A女（真實姓名及年籍均詳卷）穿著○○高級中學（完整校名詳卷）制服，可能為12歲以上、未滿18歲之人，竟仍刻意站在A女正後方，以其所持用之行動電話，開啟拍照功能，並持以伸向貼近A女大腿內側之位置，由下往上攝錄A女裙底照片之性影像等情。果若無訛，被告對於不知情之少年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兒少之性隱私意思自由；且因被害人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兒少性隱私意思形成或決定之作用；其所為已該當於兒少性剝削條例第36條第1項之拍攝兒少性影像罪構成要件。乃原判決未予釐清，僅以：被告偷拍行為，難認係利用資源掌握者地位，基於不對等之權利關係，對A女施加手段所攝錄，核與「性剝削」含有不對等權力地位關係下之壓榨意涵難認相符，認本案不構成兒少性剝削防制條例第2條第1項第3款所謂性剝削，而不應依同條例第36條第3項規定處罰為由，逕論處被告以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無故攝錄他人性影像罪刑，自有適用法則不當之違法。

㈡刑事訴訟法第300條規定有罪之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條，其所謂犯罪事實，係指單純一罪之單一事實及實質上一罪之全部犯罪事實而言，即

有變更起訴法條之適用。亦即在不擴張及減縮原訴之原則下，法院得就有罪判決，於不妨害基本社會事實同一之範圍內，自由認定事實，變更檢察官所引應適用之法條而言。此與裁判上一罪，基於審判不可分之訴訟理論，其全部事實起訴者，受訴法院認一部犯罪不能證明或行為不罰時，應於判決理由內說明不另為無罪之諭知，乃屬犯罪事實之一部減縮者有別。

本件原判決上揭所認定之事實，與檢察官起訴書所載之犯罪事實相同，並未有所擴張或減縮。檢察官雖起訴被告涉犯兒少性剝削條例第36條第3項以違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像，及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無故竊錄他人身體隱私部位等罪嫌，並說明上開2罪為想像競合犯關係。惟該2罪乃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，擇較重之兒少性剝削條例第36條第1項拍攝兒少性影像罪論處，已如前述。原判決在未減縮檢察官起訴之犯罪事實，一方面不予變更起訴法條，遽適用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項論科，顯非適法，另一方面又就公訴意旨所指兒少性剝削條例第36條第3項部分說明不另為無罪之諭知（原判決第4頁第25列至第7頁第10列），尤屬可議。

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，而第三審法院應以第二審判決所確認之事實作為判決基礎，原判決上述違法情形，影響於事實確定及法律之適用，本院無可據以為裁判，自應將原判決撤銷，發回原審法院更為審判。

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

刑事第八庭審判長法　官　楊力進（主辦）

法　官　劉方慈

法　官　游士珺

法　官　鄭富城

法　官　蔡廣昇

本件正本證明與原本無異

書記官　李俊錡

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　10　　日