最高法院刑事判決

114年度台上字第6522號

上　訴　人　謝昇瑞

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中分院中華民國114年9月23日第二審判決（114年度上訴字第885號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署113年度偵字第8949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、本件原判決認定上訴人謝昇瑞有其引用之第一審判決事實欄所載之犯行，因而維持第一審論處上訴人犯兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）第36條第3項以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像罪刑。固非無見。

二、惟查：

關於行為人以偷拍方式（未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，以下同），對不知情之兒童或少年（以下簡稱兒少）拍攝其性影像，是否該當本條例第36條第3項構成要件之法律爭議，經本院刑事大法庭於民國115年2月4日以114年度台上大字第1405號裁定主文宣示：「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，不該當兒童及少年性剝削防制條例第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。」並於裁定理由說明略以：國家解釋適用刑罰法律應以保護之法益為核心，不得恣意擴張構成要件或增加法律規定所無之內容，而擴增非原有文義所能預測之可罰行為範圍。而性隱私自主權與身體性自主權，係性自主權之不同面向，立法保護之法益與處罰模式亦有區別。刑法妨害性自主罪，係保護「身體性

自主」之意思形成或決定自由，而刑法妨害性隱私罪保護之主要法益則係「個人性隱私」，且由於侵害性隱私常見之手段為「未經同意」偷拍，刑法妨害性隱私罪之處罰，乃以「未經同意」為基本要件（刑法第319條之1第1項），至於強暴、脅迫等或其他違反意願之方法，則係侵害性隱私罪之加重要件（刑法第319條之2第1項）。必也其行為侵害性隱私時，另侵害不法內涵更高之性隱私意思形成或決定自由，始能適用加重處罰規定論處較重罪刑。由於兒少關於性事務之自主判斷能力尚未健全，且資源能力落差，居於不對等權力之弱勢地位，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。綜合觀察本條例第36條之構成要件，並參酌刑法妨害性隱私罪之規範意旨與構成要件之概念用語，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，解釋上，以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝其性影像，即屬本條例第36條第1項文義解釋之射程範圍。倘若行為人另有招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法而「促使或助益」兒少性影像拍攝之行為，甚或進一步壓抑、妨害兒少性隱私之意思自由，以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」行之，始依同條第2項或第3項之加重規定處罰。又本條例第36條第3項係以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」作為加重要件，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，本質上屬雙行為犯，故其犯罪之成立，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之意思自由，而以不法程度較高之方式侵害其性隱私自主權，否則僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪等旨，並經本院提案庭以上開大法庭裁定所表示之法律見解為基礎，以114年度台上字第1405號為判決，此為本院現今統一之見解。

三、本件依原判決之認定，上訴人明知穿著國小制服之被害人BJ000-Z000000000、BJ000-Z000000000（分別為105年2月、000年0月生，真實姓名年籍詳卷，下合稱甲、乙女）為未滿12歲之兒童，竟於113年5月7日21時許，將針孔攝影機放置在自行挖洞之左腳鞋子中，透過放置在右邊褲子口袋的遙控器開關控制攝影機，並將左腳鞋子靠近甲、乙女裙底，以此方式朝上拍攝甲、乙女裙底，包括臀部、大腿及內褲之身體隱私部位等性影像。如若無訛，上訴人對於不知情之兒童，以偷拍方式拍攝其等性影像，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童之性隱私意思自由；且因甲、乙女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童性隱私意思形成或決定之作用；是否得認上訴人之行為符合本條例第36條第3項之加重要件，自有未明。原判決未予釐清，僅以：上訴人事先放置隱藏式攝影機並開啟攝影功能，使甲、乙女處於不知被拍攝之狀態，竊錄其等裙底，包括臀部、大腿及內褲等身體隱私部位之性影像，顯已抑制甲、乙女是否同意被拍攝影像之自由，使其等形同被迫而遭受偷拍性影像之結果，自屬以違反本人意願之方法使甲、乙女被拍攝性影像（見原判決第6至7頁）為由，逕論處上訴人犯本條例第36條第3項以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像罪刑，自有適用法則不當之違法。

四、上訴意旨執此指摘原判決不當，尚非全無理由。而原判決上開違背法令情形，影響事實之認定及法律之適用，本院無從據以為判決，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　　26　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉

法　官　林靜芬

法　官　蔡憲德

法　官　陳松檀

法　官　林柏泓

本件正本證明與原本無異

書記官　林宜勳

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　1　　日