最高法院刑事判決

114年度台上字第6537號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官馬中人

被　　告　黃繼正

選任辯護人　楊俊鑫律師

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10月23日第二審判決（114年度上訴字第1416號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署113年度偵字第29382號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

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。本件原審審理結果，認定被告黃繼正有如其事實欄所載之犯行明確，因而撤銷第一審關於罪刑部分之判決，改判論處被告犯拍攝少年性影像罪刑，及為附條件之緩刑宣告，暨為相關之沒收，已依調查證據之結果，載述憑以認定之心證理由。

二、檢察官上訴意旨略以：兒童或少年於不知情之狀態下被拍攝性影像，致無法表達反對之意思，實已剝奪兒童及少年之選擇自由，再從法律對於兒童及少年身心健康發展應特別加以保護之觀點，以隱匿而不告知之方式，偷拍或竊錄兒童及少年之性影像，顯然具有妨礙兒童及少年意思決定之作用，無

異壓抑兒童及少年之意願，而使其等形同被迫而遭受偷拍性影像之結果，自屬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「違反本人意願之方法」，原判決就被告於民國113年6月24日在捷運車廂內對未滿18歲之告訴人即少年AW000-S113060017（00年00月生，真實姓名詳卷，下稱A女）以偷拍之方式，錄製A女臀部、大腿及內褲之性影像，論以兒少性剝削條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪，於法不合。

三、按兒少關於性事務之自主判斷能力尚未健全，相對於成年行為人而言，復存在資源與能力之落差，而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。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。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行為。兒少性剝削條例為落實保護兒少之性隱私與身心健全發展，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），使罪責相當。從法條字面意義解釋，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。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。有別於第1項之一般處罰規定，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。而保護個人意思自由之刑罰法律，關於「強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法」之規定，雖不以類似於所列舉之強暴、脅迫等高度強制行為為必要，低度強制行為亦包含在內，但仍須其行為客觀上足以壓抑或妨害被害人意思自由，始足當之。因此，第36條第3項犯罪之成立，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，方能依第36條第3項之加重規定論處（例如1.以強暴、脅迫壓抑其意思自由；2.以藥劑或催眠術等方法造成其認識或意願形成之缺損；3.以具法益關聯性之詐術不當影響其關鍵決定；4.營造其無助或弱勢之處境，使之難以、不易、不敢逃脫或抗拒等）。否則，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪，此係本院最近統一之見解。原判決事實已敘明被告係乘A女未注意之際，以手機錄製A女客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位性影像，是被告所為既未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，復未在攝錄行為外，另以其他手段壓抑或妨害兒少之性隱私意思自由，且因A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少性隱私意思形成或決定之作用，原判決依此論以兒少性剝削條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪，經核於法尚無違誤。檢察官上訴意旨主張被告未經A女同意，在A女毫無所覺、無從表達反對之情況下，使A女被拍攝性影像，仍屬以違反本人意願之方法使A女被拍攝性影像，應論以兒少性剝削條例第36條第3項之罪云云，係對上開規定有所誤解，並非適法之第三審上訴理由，應認其上訴違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　9　　日

刑事第九庭審判長法　官　林英志

法　官　劉興浪

法　官　蔡廣昇

法　官　陳德民

法　官　許泰誠

本件正本證明與原本無異

書記官　鄭淑丰

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　13　　日