

最高法院刑事判決

114年度台上字第959號

上訴人 張○○（名字、年籍、住居所均詳卷）

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113年11月22日第二審判決（113年度上訴字第3544號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署112年度偵字第50493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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原判決認定上訴人張○○（名字詳卷）有其事實欄所載犯行，因而撤銷第一審不當之有罪判決，改判論上訴人以違反本人意願之方法使兒童被拍攝性影像共2罪，均依刑法第59條規定酌減其刑後，各處有期徒刑3年7月，並定應執行有期徒刑4年7月，及諭知相關沒收。已說明調查、取捨證據之結果及得心證之理由。

三、兒童及少年性剝削防制條例第2條第1項第3款規定「拍攝、製造、重製、持有、散布、播送、交付、公然陳列、販賣或支付對價觀覽兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品」為該條例所稱之性剝削行為。所稱「性影像」者，包括內容有「性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」等影像或電磁紀錄，刑法第10條第8項亦有明定。復以兒童及少年性剝削防

01 制條例第36條第1項至第5項所列之罪，依其文義及體系解
02 釋，乃依行為人對被害人施加手段之強弱，以及被害人自主
03 意願之法益侵害高低程度之不同，而予以罪責相稱之不同法
04 定刑，並於同條例第43條第1項及第2項規定減輕或免除其刑
05 之適當調節機制以資衡平，為層級化規範，使規範密度周
06 全，以達保障兒童及少年權益之立法目的，並符罪刑相當原
07 則、比例原則之憲法要求。故其第1項規定拍攝、製造、無
08 故重製兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性
09 慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品（以下合稱「性影像」）
10 之罪，屬基本規定，凡行為人於未滿18歲之人知情同意而拍
11 攝、製造、無故重製性影像等物均屬之；倘行為人採行積極
12 之手段，以招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，促成
13 兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像者，
14 則合致於第2項之規定；惟若行為人採行之手段，以達強
15 暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法
16 而為之者，則屬該條第3項之罪，該罪之「違反本人意願之
17 方法」，係指其所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術
18 以外，其他一切違反被害人意願之方法而言，且不以類似於
19 所列舉之方法為必要，祇要其所為具有壓制或妨礙被害人意
20 思自由之作用，或被害人意思決定過程，因行為人之行為而
21 發生瑕疵者，即合於「違反本人意願之方法」之要件；第4
22 項規定意圖營利犯前3項之罪者，依各該條項之規定，加重
23 其刑至二分之一；第5項則是前4項之未遂犯亦處罰之規定。
24 且為維護兒童及少年身心健全發展之普世價值，契合具內國
25 法效力之兒童權利公約第19條第1項規定：「簽約國應採取
26 一切適當之立法、行政、社會與教育措施，保護兒童（該公
27 約所稱『兒童』係指未滿18歲之人）……不受到任何形式之
28 身心暴力、傷害或虐待、疏忽或疏失、不當對待或剝削，包
29 括性虐待」之旨，保護兒童及少年免於成為性影像拍攝對
30 象，防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，我國特別制定
31 及迭經修正為現行兒童及少年性剝削防制條例。依其立法目

的可知，兒童及少年性剝削防制條例係依據兒童權利公約第34條及該公約的精神，將侵犯兒童或少年而與其身心健全發展有關的任何性活動，均列為是對兒童及少年的「性剝削」，以防杜拍攝、製造兒童或少年的性影像，而侵害兒童、少年身心健全發展的基本人權；亦即，以立法明文方式，揭示不容許兒童、少年放棄或處分其上述基本人權，以免因任何非法之性活動而遭致性剝削之旨。再者，司法院釋字第623號解釋揭示：「兒童及少年之心智發展未臻成熟。……『性剝削』之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒童及少年『免於從事任何非法之性活動』，乃普世價值之基本人權。」該號解釋說明「性剝削」包含但不侷限在有不對等權力地位關係下的壓榨意涵，不僅確立「性剝削」的概念較「性交易」為廣，亦闡釋兒童、少年必須被視為應維護及保障的權利主體，任何對於兒童、少年的非法性活動，皆屬於對兒童、少年的性剝削。又依民國103年6月4日制定公布、同年11月20日生效施行的兒童權利公約施行法第2條規定，兒童權利公約所揭示保障及促進兒童及少年權利的規定，具有國內法律的效力。是以，兒童權利公約有所規定者，屬刑事法律關涉保護兒童及少年身心健全發展相關事項的特別規定，自應優先於刑事法律而為適用。解釋兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項所指「違反本人意願之方法」之意涵，即應植基於前揭保護兒童及少年「免於從事任何非法之性活動」之普世價值，將侵犯兒童及少年而與其身心健全發展有關的任何非法性活動均納入規範。且鑑於性隱私亦屬於兒童及少年之個人生活最核心私密領域，對於向何人、於何時、何地、以何種方式揭露、揭露內容是否要被短暫或永久留存，都是個人的性自主決定權，以維護個人生活私密領域最核心之性隱私。是對於兒童及少年以違反本人意願之手段，所為與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之非法性活動過程中，致兒童及少年之個人私領域核心「性

01 隱私」遭受侵害，自亦屬之。故法院於具體個案審查時，應
02 本諸保障及促進兒童及少年權利暨保護兒童及少年身心健全
03 發展之立法目的，作為判斷是否「違反本人意願之方法」之
04 標準。從而，兒童及少年被人拍攝性影像時，處於不知被拍
05 攝之狀態，致使無法對於被拍攝行為表達反對之意思，實已
06 剝奪兒童及少年是否同意被拍攝性影像之選擇自由。再從法
07 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
08 隱匿而不告知之方式，偷拍或竊錄兒童及少年之性影像，顯
09 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
10 年之意願，而使其等形同被迫而遭受偷拍性影像之結果，自
11 屬兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項「違反本人意願
12 之方法」。

13 四、原判決已說明如何依所認定之事實，即上訴人為被害人A女
14 （000年00月生，時為未滿12歲之兒童，姓名詳卷）母親之
15 同居人，與A女具有家庭暴力防治法第3條第2款所定之家庭
16 成員關係，其先後2次前往A女房間，於A女不知且無從明確
17 表達意願之情形下，逕持手機拍攝A女裸露胸部、臀部等客
18 觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位影像等行為，對於
19 兒童應受特別保護之權利之造成危害，本諸保障及促進兒
20 童、少年權利及保護兒童、少年身心健全發展等旨，實已剝
21 奪A女是否同意被拍攝性影像之選擇自由，而有違反A女本人
22 意願之理由。稽之卷內筆錄及相關書狀、函文之記載，上訴
23 人於原審審理時仍與A女及其母親同住（俟經上訴人原審選
24 任辯護人勸誡後搬離），且經A女當庭表示「我不想要和
25 解…我是被媽媽逼和解的」，於原審審判長詢問A女是否原
26 諒上訴人、是否同意A女母親所述「我希望讓被告不用關，
27 我們跟被告已經和解，在一起的時候，被告也對我們很好，
28 被告也已經都把和解金給我們了，而且被告身體也很多病，
29 年紀也大了」等意見時，均搖頭表示否定之意見（見原審卷
30 第176、197至209頁）。則原審既依所認定之事實，具體審
31 查認定本件上訴人有違反A女意願，持手機拍攝相關影像，

而使A女成為性影像拍攝對象之行為，且與保護兒童及少年免於遭受不當對待或有害其福祉之任何其他形式之剝削之旨，暨兒童及少年性剝削防制條例第36條之層級化規範無違，於法尚無不合。

五、量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，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，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，且其執行刑之量定，未違反刑法第51條各款所定之方法或範圍，又無明顯悖於前述量刑原則或整體法律秩序之理念，即不得任意指為違法。原判決就上訴人本件以違反本人意願之方法，使兒童被拍攝性影像2次犯行，已說明係綜合刑法第57條科刑等一切情狀，並就上訴人非以暴力、強逼手段違反A女意願，自始坦白認錯，且已給付全數和解款項等情狀，認有情輕法重之情形，均依刑法第59條規定酌予減輕其刑，各處有期徒刑3年7月，並定應執行有期徒刑4年7月之理由。核其所為量刑，已趨近為最低度刑，所定應執行刑，亦屬從輕，乃原審刑罰裁量職權之適法行使，並未違背比例原則及罪刑相當原則，自不容任意指摘有刑之量定過重之違法。又上訴人所犯2罪之刑，均與刑法第74條僅限於宣告有期徒刑2年以下者始有適用之緩刑規定不符，自無緩刑規定之適用。

六、刑法第2條第1項規定行為後法律有變更，係指犯罪構成要件有擴張、減縮，或法定刑度有異動等情形，故行為後法律有無變更，原則上視其成罪要件或科刑條件之實質內容，有無不同而斷。惟若新、舊法之條文內容雖有所修正，然其修正內容與罪刑無關，僅為文字、文義之修正或原有實務見解及法理明文化等無關有利或不利於行為人之情形，則非屬上揭所稱之法律有變更，不生新舊法比較之問題，自應依一般法律適用原則，逕行適用裁判時法即現行法處斷。兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項，既於112年2月15日配合同條例第2條第1項第3款之文字及刑法第10條第8項之增訂，修

正、調整部分文字內容，屬條文用語之修正，修正後並未變更構成要件及法律效果，不生是否有利於行為人之問題，非屬法律變更，自無新舊法比較之必要（本院113年度台上字第2620號判決意旨參照）；另於113年8月7日修正前，該項雖未將「重製」明文列為犯罪行為類型之一，惟實務見解原已認重製行為應在該項所稱「製造」之範疇內（本院105年度台上字第2025號判決意旨參照），故113年8月7日修正後規定明文增列「無故重製」之處罰樣態，雖將無故重製之行為獨立於「製造」概念之外，僅係原有實務見解明文化，未變更構成要件及法律效果，亦不生新舊法比較之問題。原判決雖認本案應適用行為時即113年8月7日修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定，然於本案判決結果無影響，附此敘明。

七、上訴意旨置原判決之論敘於不顧，仍謂：其所拍攝之內容，並無淫蕩或刻意強調性器官、性暗示之猥褻行為，非屬性影像，且是在A女住處，於A女不知且無互動之情形下偷拍，並非居於資源掌握者之地位，基於不對等之權力關係，對A女施加手段所拍攝，至多僅成立兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪，或援引個案事實不同之其他案件，指摘原判決違法，或稱其個案狀況特殊，應再予減輕其刑，並諭知緩刑等語。經核均係就原判決已說明事項，持憑己意而為相異之評價，重為爭執，或對於原審法院量刑職權之適法行使，任意指摘，並非適法之第三審上訴理由。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

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 114 年 4 月 2 日

刑事第九庭審判長法官 梁宏哲

法官 楊力進

法官 周盈文

法官 陳德民

法官 劉方慈

01 本件正本證明與原本無異

02 書記官 李丹靈

03 中 華 民 國 114 年 4 月 8 日