最高法院刑事判決

115年度台上字第818號

上　訴　人　陳勻浩

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年11月27日第二審判決(114年度侵上訴字第91號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第38234號)，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於附表一編號1、4至13、15至22、24至29部分撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回(原判決附表一編號1、4至13、15至22、24至29部分)：

一、本件原判決認定上訴人陳勻浩有其犯罪事實欄（下稱事實欄）一(包含其附表〈下稱附表〉一)其中附表一編號1、4至13、15至22、24至29所載之犯行，因而撤銷第一審關於其中附表一編號1、5至13、15、22、24至29部分之判決，並就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條，改判依想像競合犯之例，就附表一編號1之①至1之⑤所示犯行，從一重論處上訴人犯民國104年2月4日修正公布、106年1月1日生效施行之兒童及少年性剝削防制條例前原名稱「兒童及少年性交易防制條例」(下稱兒少性交易防制條例)第27條第4項以違反本人意願之方法，使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為電子訊號罪刑(想像競合犯刑法第227條第2項之對未滿14歲女子為猥褻行為罪、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項

前段、刑法第315條之1第2款之成年人故意對少年犯竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪)；就附表一編號1之⑥所示犯行，依想像競合犯之例，從一重論處上訴人犯104年2月4日修正公布、106年1月1日生效施行之兒童及少年性剝削防制條例(下稱修正前性剝削防制條例)第36條第3項以其他違反本人意願之方法，使少年被拍攝猥褻行為電子訊號罪刑(想像競合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315條之1第2款之成年人故意對少年犯竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪)；就附表一編號5所示犯行，依想像競合犯之例，從一重論處上訴人犯兒少性交易防制條例第27條第4項之以違反本人意願之方法，使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為電子訊號罪刑(想像競合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315條之1第2款之成年人故意對少年犯竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪)；就附表一編號6至13、15、22、24至29所示犯行，依想像競合犯之例，從一重論處上訴人犯113年8月7日修正公布、同年月9日生效施行之兒童及少年性剝削防制條例(下稱性剝削防制條例)第36條第3項以其他違反本人意願之方法，使(兒童)少年被拍攝性影像罪刑(想像競合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315條之1第2款之成年人故意對(兒童)少年犯竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪)；維持第一審關於附表一編號4、16至21所示犯行，依想像競合犯之例，從一重論處上訴人犯修正前性剝削防制條例第36條第3項以其他違反本人意願之方法，使少年被拍攝猥褻行為電子訊號罪刑(想像競合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315條之1第2款之成年人故意對少年犯竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪)，以及性剝削防制條例第36條第3項以其他違反本人意願之方法，使(兒童)少年被拍攝性影像罪刑(想像競合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315條之1第2款之成年人故意對少年犯竊錄他人非公開活動及身體

隱私部位罪、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段)部分之判決，駁回上訴人就此部分所為第二審上訴。固非無見。

二、惟查：

㈠性剝削防制條例第36條之前身，即84年8月11日制定公布之兒少性交易防制條例第27條，其中關於兒少性影像處罰方式區分為一般、意圖營利、引誘或媒介、強制、常業犯等五種。自其條文結構與立法目的以對不同之行為方法及不法內涵，其後於性剝削防制條例第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，只要拍攝未滿12歲兒童或12歲以上未滿18歲少年(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。是綜合觀察性剝削防制條例第36條之構成要件，並參酌刑法妨害性隱私罪之規範意旨(保護之主要法益係「個人性隱私」)與構成要件之概念用語(以「未經同意」為基本要件，另以「強制〈或違反意願〉」為加重要件)，為維護妨害性隱私罪處罰之一貫性，解釋上，以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝其性影像，即屬性剝削防制條例第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。

又有別於性剝削防制條例第36條第1項之一般處罰規定，同條第3項另以「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。從第3項設定之構成要件以觀，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，性剝削防制條例第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。

從而，行為人以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，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，自不該當性剝削防制條例第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項之規定處罰。此為本院最近之統一見解。

㈡原判決係認定：上訴人分別基於拍攝兒少性影像之犯意，在被害人等不知情之情況下，先後為附表一編號1、4至13、15至22、24至29所示之方式拍攝被害人等隱私部分等情。則原判決未認定上訴人有施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，或有無在拍攝行為外，另以其他手段壓抑或妨害兒少之性隱私意思自由，客觀上有壓抑或妨害兒少性隱私意思形成或決定之作用之情形，遽認上訴人所為符合兒少性交易防制條例第27條第4項及修正前性剝削防制條例第36條第3項或性剝削防制條例第36條第3項之以違反本人意願之方法之加重要件，已嫌理由欠備。

又卷查，就上述附表一編號1、4至13、15至22、24至29所示之方式，拍攝各該被害人等隱私部分之具體情狀，上訴人供述：我用手機拍攝，當時用口罩把被害人眼睛蓋住，她不知道我在拍攝；女同學在「我家」洗澡時，用裝設在寶特瓶內之密錄器偷拍；使同事及學生試用豐胸產品，讓他們在補習班茶水間使用而偷拍；於學生在「民宿」洗澡時，用裝設在寶特瓶內之密錄器偷拍各等語(見偵字第38234卷㈠第27頁背面、第29頁、第89頁)。如果屬實可信，以上訴人將攝影機密錄器隱藏在寶特瓶中，或以補習班教室以及茶水間通常未有設置攝影機、對於民宿及自己住家浴室之場所之控制權，使各該被害人以為遭上訴人撫摸胸部時，或從事「試用胸貼」、「如廁」、「洗澡」活動時，通常無攝影之情事。則上訴人在附表一編號1、4至13、15至22、24至29「拍攝時間/地點」欄所示地點，以上述方法拍攝兒少性影像，除拍攝之基本行為外，是否另有使被害人陷於錯誤之關聯性積極行為介入？上訴人上述之「將口罩蓋住眼睛」、「在其可控制之場所以寶特瓶內藏放攝影器具」之積極行為，有無妨害被害人性隱私意思決定之自由，並影響其對於拍攝性影像成功與否之關鍵作為，而與被害人單純「未表達同意」有別？是否該當於(修正前)性剝削防制條例第36條第3項之「詐術」或有無其他違反意願之方法?容有研求餘地。此攸關上訴人應成立之罪名，自應予究明，並詳為論敘得心證之理由，乃原判決未予調查、釐清，僅以：上訴人對於兒少處於不知被拍攝狀態，以隱匿而不告知之方式，偷拍或竊錄其性影像，顯然具有妨礙其意思決定之作用，無異壓抑兒少之意願而使其形同被迫遭受偷拍性影像之結果，屬於「違反本人意願之方法」為由，逕行論處上訴人兒少性交易防制條例第27條第4項、修正前性剝削防制條例第36條第3項及性剝削防制條例第36條第3項之「以違反本人意願」之方法，拍攝兒少性影像罪刑，有適用法則不當之違法。

三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且前揭違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於此部分，有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回(原判決附表二部分):

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。至判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人有如其事實欄一之㈨其中附表二編號4、7至11所載犯行，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判依想像競合犯之例，仍從一重論處上訴人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315條之2第3項成年人故意對少年犯散布竊錄他人非公開活動及身體隱私部位內容罪刑(想像競合犯112年2月15日修正公布、同年月17日生效施行前〈下稱112年修正前〉之性剝削防制條例第38條第1項散布少年猥褻行為電子訊號罪)。已詳敘其認定犯罪事實所憑之證據及認定之理由。又以第一審判決所認定上訴人有如第一審判決事實欄一之㈠、㈣(即第一審判決附表二編號1至3、5、6)所載之犯行，以及所犯罪名，因而維持第一審關於此所處之刑部分之判決，駁回上訴人明示僅就此量刑一部在第二審之上訴。已詳細敘述第一審判決之量刑，並無違誤，應予維持之理由。自形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

原判決固審酌上訴人於原審審理時達成民事上和解之對被害人甲1、甲10及甲26(真實姓名、年籍均詳卷)部分之量刑情

狀，然原判決就附表二所示各罪，均未審酌其他有利對上訴人之量刑因子，而為量刑，或維持第一審判決之量刑，致量刑過重，違反罪刑相當原則。

四、惟按：

關於刑之量定，係實體法上賦予法院得為自由裁量的事項，倘於科刑時，已以行為人的責任為基礎，審酌刑法第57條所列各款罪責因素後予以整體評價，而為科刑輕重標準的衡量，使罰當其罪，以實現刑罰權應報正義，並兼顧犯罪一般預防與特別預防的目的，倘未逾越法律所定範圍，或客觀上顯然濫用權限，即不得任意指摘為違法，據為適法上訴第三審的合法理由。

原判決說明：(附表二編號10所示之犯行)審酌上訴人犯罪之手段、所生危害、犯後態度，以及已與甲26達成民事上和解等一切情狀，予以全盤考量及綜合評價，而為量刑。既未逾法定刑度，亦無明顯濫用裁量權或重複評價，而有違反比例原則或公平正義之情形，且此屬原審量刑裁量職權之適法行使，尚難任意指為違法。又上訴意旨就附表二編號1至9、11所示之罪部分，僅略稱：原判決有諸多未審酌其他有利於上訴人之量刑因子，致量刑過重等語，並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決究不適用何種法則或如何適用不當，與法律所規定得合法上訴第三審之理由，不相適合。再者，上訴意旨所指與上訴人達成民事上和解甲1、甲10，均非附表二所示之被害人，無從為有利於上訴人之審酌。此部分上訴意旨，泛詞指摘：原判決量刑過重違法云云，並非適法之第三審上訴理由。

五、綜上，上訴意旨係就原審量刑裁量職權之適法行使，或原判決已明白論斷說明之事項，仍持己見，漫為指摘違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。至於其餘上訴意旨，均非確實依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決有如何違背法令情形。本件關於附表二所示刑法第315條之2第3項散布竊錄之非公開活動及身體隱私部位罪、兒童及少年福利與權益保

障法第112條第1項前段、刑法第315條之2第3項之成年人故意對少年犯散布竊錄他人非公開活動及身體隱私部位內容罪、刑法第319條之4第2項之散布而以電腦合成他人不實之性影像罪之上訴，均為違背法律上之程式，應予駁回。上訴人就附表二編號1至3想像競合所犯刑法第235條第1項之散布猥褻影像罪、附表二編號4、7至11想像競合所犯112年修正前性剝削防制條例第38條第1項散布少年猥褻行為電子訊號罪，係屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定不得上訴第三審法院之罪，且無例外得提起第三審上訴之情形。上訴人所犯關於散布竊錄之非公開活動及身體隱私部位罪、成年人故意對少年犯散布竊錄他人非公開活動及身體隱私部位內容罪、散布而以電腦合成他人不實之性影像罪部分之上訴，既不合法，而從程序上予以駁回，則所犯散布猥褻影像罪、散布少年猥褻行為電子訊號罪，即無從併為實體上審理，應逕從程序上予以駁回。

參、上訴人所犯附表一編號2、3、14、23所示之罪，係犯刑法第315條之1第2款之竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪；附表一編號30所示之罪，係犯刑法第319條之1第1項之未經他人同意，無故攝錄他人性影像罪部分，均為最重本刑3年以下有期徒刑之罪，依刑事訴訟法第376條第1項第1款規定，不得上訴於第三審法院(原判決正本附記事項已記載此部分不得上訴之旨)。此部分業據原審法院於115年1月22日以114年度侵上訴字第91號裁定以上訴不合法駁回上訴，均不在本院審理範圍，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　26　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　吳秋宏

法　官　洪于智

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡茹

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　30　　日