最高法院刑事判決

115年度台非字第55號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　張子彥

上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，對於臺灣新北地方法院中華民國112年5月17日第一審確定判決（111年度訴字第1014號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署111年度偵字第4153號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又按行為人未施強暴、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(下稱本條例)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。蓋本條例第36條第3項為雙行為犯，有別於同條第1項之一般處罰規定，同條第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。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，同條第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，方能依同條第3項之加重規定論處。是行為人以偷拍方式，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，且因兒少對偷拍過程始終不知情，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可言，自非本條例第36條第3項所定其他違反本人意願之方法，不能論以該罪，僅能論以同條第1項之拍攝兒少性影像罪。如將『偷拍』行為解釋為等同強制之『其他違反本人意願之方法』拍攝，而論以同條第3項之罪，增加該規定所無之處罰內容，顯然違反罪刑法定之原則。故不論依文義解釋、體系解釋及目的論解釋，本條例第36條第3項之加重要件，必須具有壓抑或妨害兒少意思自由之作用，始足當之。從而，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，客觀上既無壓抑或妨害兒少意思形成或決定自由之作用，自不能以本條例第36條第3項所定以其他違反本人意願之方法使兒少被拍攝性影像罪相繩。倘以該罪相繩，則有判決適用法則不當之違背法令。最高法院114年度台上字第1405號著有判決，可資參照。二、經查原判決認定被告犯罪之客觀事實為：『張子彥係成年人，明知鄭○曦（.....下稱A女）係12歲以上未滿18歲之少年，竟於105年3月至4月間某日，.....躲藏在新北市政府廣場女廁內，自相鄰廁所之下方空隙處，無故以其所有之數位攝影機及智慧型手機拍攝A女如廁之非公開活動及身體隱私部位之電子訊號，待A女走出廁所後，再自廁所門縫拍攝A女之身影及其清晰五官後將其竊錄之影像、照片，及其於公開社群網站搜尋之A女生活照存入其所使用之電腦及隨身硬碟內，兩相搭配供己觀看以滿足性慾』等情。依原判決前開認定之事實，被告並未施強暴、脅迫、藥劑、詐術或催眠術，而係以偷拍方

式，對不知情之少年拍攝性影像，且未有同條第2項或第4項之其他非法行為或營利意圖，依前開說明，僅成立本條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪，不能論以本條例第36條第3項以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪。原判決不查，竟論被告以修正前本條例第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之電子訊號罪，自有判決適用法則不當之違背法令。三、又查原判決認定：被告『係犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之以違反本人意願之方法，使少年被拍攝猥褻行為之電子訊號罪』，如前所述，已有判決適用法則不當之違背法令。詎其又進一步認為：該罪與被告所犯『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罪』『係以一行為同時觸犯二罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條之規定，從一重之修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之以違反本人意願之方法，使少年被拍攝猥褻行為之電子訊號罪處斷』。然前開修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪，與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款之罪，應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，擇較重之修正前本條例第36條第3項之罪論處。原判決竟認為：被告係以一行為觸犯二罪名，而依刑法第55條之規定從一重處斷，亦有違誤。四、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正及救濟。」等語。

二、本院按：

㈠非常上訴之提起，以發見確定判決之審判係違背法令者為限。所謂審判違背法令，係指審判程序或其判決之援用法令，與當時應適用之法令有所違背而言。換言之，非常上訴所稱之審判違背法令，係指法院就該確定案件之審判顯然違背法律明文所定者而言，若僅是法文解釋之疑義，致產生不

同之法律見解，尚不得謂為審判違背法令，而據為提起非常上訴之理由。非常上訴係對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，不涉及事實之認定，應以原判決所確認之事實為基礎，審核適用法令有無違誤。倘依原判決所確認之事實及採用之證據資料，其適用法令並無違誤，僅係所憑終審法院前後判決所採法令上之見解不同，尚不能執後判決所持之見解或嗣後本院所採之統一見解，而指前次判決為違背法令。誠以終審法院判決關於法令適用之闡釋，在未經法定程序統一見解前，有時因探討法律之真義，期求適用社會情勢起見，不能一成不變，若以後之所是，即指前之為非，不僅確定判決有隨時動搖之虞，且強使齊一之結果，反足阻遏法律解釋之與時俱進，故就統一法令適用之效果而言，不能因後判決之見解不同，而使前判決效力受其影響。

㈡關於兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）第36條第3項之加重要件（強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法），必須具有壓抑或妨害兒童或少年（下稱兒少）意思自由之作用，始足當之。行為人未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，而以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，客觀上既無壓抑或妨害兒少意思形成或決定自由之作用，自不該當本條例第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項規定論處，為本院近來統一之見解（受本院刑事大法庭114年度台上大字第1405號裁定拘束之本院114年度台上字第1405號判決先例參照）。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，擇較重之本條例第36條第1項拍攝兒少性影像罪論處，自不待言（同前本院判決意旨參照）。

㈢經查，原判決認定被告張子彥於民國105年3、4月間，持手機、數位相機自廁所隔板下方縫隙，拍攝少女鄭○曦（下稱

A女）如廁之非公開活動及身體隱私部位之電子訊號，壓抑A女不受被拍攝猥褻電子訊號之意志，而拍攝前揭猥褻行為之電子訊號之犯罪事實，理由欄已敘明其所憑之證據及理由，並說明被告所為，係犯106年11月29日修正前本條例第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之電子訊號罪，及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無故以電磁紀錄竊錄他人身體隱私部位罪，上開2罪為想像競合犯，應從一重之修正前本條例第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之電子訊號罪處斷等旨。依本院上開統一見解，被告本件犯行固應依修正前本條例第36條第1項規定論處拍攝少年之性影像罪。惟原判決係於本院統一見解作成前之112年5月17日即為判決，所持論以修正前本條例第36條第3項之罪之法律意見，與本院嗣後統一見解認應適用本條例第36條第1項之罪，雖有不同，仍屬個案法律見解之範疇，難認與當時適用之法令有所違背。

㈣偷拍行為若同時該當本條例第36條第1項拍攝兒少性影像罪，及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項成年人故意對兒少犯未經同意無故拍攝性影像罪之要件，本院114年度台上字第1405號判決理由固指明此屬法規競合情形，應擇較重之本條例第36條第1項拍攝兒少性影像罪論處。然原判決係依其所確定之犯罪事實，論被告成立修正前本條例第36條第3項，及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款各罪，屬一行為觸犯二罪名，依刑法第55條想像競合犯規定，從一重論處修正前本條例第36條第3項之罪，所持法律評價，難認於法有違。且原判決認定被告成立前揭罪名，亦與上述本院114年度台上字第1405號判決，認行為人構成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項成年人故意對兒少犯未經同意無故拍攝性影像罪有別。二者成立之罪名既有不同，自無從執本院前述判決關於

法規競合之法律見解，指摘原判決違背法令，而執為非常上訴之理由。

㈤綜上所述，本件非常上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　5　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　楊力進

法　官　劉方慈

法　官　鄭富城

法　官　游士珺

本件正本證明與原本無異

書記官　張齡方

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　11　　日