

裁判字號：最高行政法院 96 年判字第 2076 號判決

裁判日期：民國 96 年 12 月 20 日

裁判案由：兒童及少年福利法

最 高 行 政 法 院 判 決

96年度判字第02076號

上 訴 人 臺北市府社會局

代 表 人 乙○○

訴訟代理人 王如玄 律師

黃育玲 律師

李晏榕 律師

被 上 訴 人 甲○○

上列當事人間因兒童及少年福利法事件，上訴人對於中華民國96年2月13日臺北高等行政法院95年度簡字第676號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴駁回。

第一審及上訴審訴訟費用均由被上訴人負擔。

理 由

- 一、按對於適用簡易程序之裁判提起上訴或抗告，須經最高行政法院許可，且該許可以訴訟事件所涉及之法律見解具有原則性者為限，行政訴訟法第235條定有明文。所謂訴訟事件涉及之法律見解具有原則性，係指該事件所涉及之法律問題意義重大，而有加以闡釋之必要情形而言，如對於行政命令是否牴觸法律所為之判斷，或就同類事件所表示之法律見解與其他高等行政法院或本院所表示之見解互相牴觸，有由本院統一法律上意見或確認其意見之必要情形屬之。
- 二、被上訴人於民國93年11月起擔任丙○○（○年0月0日生）之心理諮商師，經財團法人臺北市○○育幼院於94年9月19日向上訴人通報，被上訴人於同年月14日進行諮商時，提供未滿18歲丙○○觀看「放輕鬆、隨性做」之限制級影片，並同意其以數位相機錄製片段內容攜回育幼院中觀賞。經上訴人審認被上訴人已違反兒童及少年福利法第26條第3項規定，爰依同法第55條第4項規定，以95年1月16日北市社六字第00000000000號函處被上訴人新臺幣6,000元罰鍰。被上訴人不服，提起訴願遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。
- 三、原審判決將訴願決定及原處分均撤銷，其理由略以：（一）依司法院釋字第617號解釋意旨，故只要具備藝術性、醫學性或教育性價值，縱內容涉及性事，甚至引起一般人之反感

，仍非猥褻、色情物品。系爭影片雖被分級為限制級，但卻係1999金馬國際影展的參展影片，且榮獲1998年奧斯汀同志電影節觀眾票選最佳影片，有影評人聞天祥影評在卷可按，其非一般歸納之色情片，而具備一定之藝術性價值，應可認定。又臺北市市政府民政局2001及2002同志公民運動出版的「認識同志手冊」中將本片列為推薦給父母、輔導老師及尋求認同的同志的推薦影片，且經勘驗系爭影片，認為其內容雖涉及性事，但係以輕鬆、逗趣的喜劇手法，深入探討同志社群的多元樣貌與價值觀，應不致引起一般人之羞恥或厭惡感，可以認定其具有一定之教育價值；揆諸前揭司法院解釋意旨，本件被上訴人提供予丙○○觀覽之系爭影片，若在專業輔導個案上具有教育性、藝術性，即非該當於兒童及少年福利法第55條第4項所規範之「猥褻、色情」之錄影帶。

（二）另依行政訴訟法第176條準用民事訴訟法第339條規定，原審法院請○○大學社會工作學系丁○○教授為鑑定證人，以其曾就丙○○所涉及之0000專案及0000專案等育幼院內院童集體性侵害事件，擔任諮詢專家，就其特別知識，對本件被上訴人輔導丙○○之輔導評估報告，做一鑑定，業據其製作「行政訴訟鑑定報告書」在卷，其鑑定意見略以：1.本案所輔導之個案，曾被評估為混合性侵害受害及加害問題。個案幼年時已在育幼院中長期遭受性侵害，爾後除與相近年齡少年相互猥褻外，並出現猥褻其他年幼院童之行為。對性暴力的諮商輔導而言，早期為受害人日後轉為加害人之男性案例並不罕見，因此透過諮商歷程，預防性暴力的再發生即為輔導工作的重點，然而此類型之個案通常難以建立專業關係，除「受害經驗」不易啟齒外，不被主流文化所接受的「性經驗」更難於在諮商工作者面前深度開放。如果此類型個案是在「非自願性」的處境下接受輔導，諮商關係將更難建立，而輔導成效則相當有限。本個案歷經數位諮商老師與精神科醫生皆難以建立穩定性、持續性的專業關係，使輔導工作難以深入。然而甲○○卻能與其建立穩定而持續的專業關係，歷經一年共41次的會談過程，使個案漸漸地從「非自願性」狀態發展成為較主動，而願意開放其「受害經驗」中更深層的身心感覺，以及其特殊的性傾向行為。對專業工作而言，甲○○與個案間已建立可深入工作的專業關係，關鍵即在於甲○○從以「受害」與「加害」為輔導重點，轉變為以案主的關切為會談重心，而探究案主內心所焦慮與困惑的主題—「同性情慾」。在此過程中甲○○運用與個案生命經驗相關之影片資源（含系爭影片），作為提升受輔導意願與打開生活中封閉經驗的工具，以討論「同志」議題的入口，得到個案的認同，以利發展深入性的輔導關係，認為甲○○所使用的方式是有效的。本案所輔導的案主具有三種身分：(1)受害人與加害人、(2)發展同性情慾傾向的探索者、(3)非自願性接受輔導的個案。若以社會局的專案而言，受害與

加害是輔導的核心議題，但是「非自願性」的輔導關係，卻成為工作發展上的結構性限制，而「同性情慾」則是個案切身所關心的主題。藉由關心個案的切身議題，以突破「非自願性」輔導關係的限制，對專業工作而言，誠屬必要之作為。再就「同性情慾」而論，該片所涉及的範圍相當多元，包括：同志身分之社會壓力、愛滋疾病、性別多元化、性別政治等。甲○○選擇該片，就內容而言，確實符合其欲引發「同志議題」討論之目的。2.該片除涉及「同志議題」，亦討論親密關係中的忠誠、自我發展與責任感等議題，該片內涵確實能回應性別教育中多元性別與愛情關係中所面對的嚴肅議題。更重要的是該片劇情中「男同志」遭異性戀者之侮辱與暴力攻擊時，在憤怒中以性攻擊作為反制與報復反應，爾後產生同儕之間的人我辯證與自我反思歷程。此段劇情與本個案的生命經驗具相當程度的對照性，在專業關係建立穩定時，確實有可能發展出具輔導意義的教育功能。3.本案的個案其性經驗之複雜程度早已超出常態的青少年，透過諮商工作者陪同觀看該片，藉討論劇情來輔導其心理，會有較高的機會降低案主之性暴力風險。倘若失去深入輔導的機會，個案成年後的性暴力風險則更加堪虞。至於個案藉著會談的機會翻拍該片的某段畫面，在會談室之外放映，是否會造成對其他兒童及少年的傷害，則要研判翻拍了那一段畫面。該片全程影像中僅有部分鏡頭裸露上身，雖有性愛畫面，但是並非整體之性愛過程，亦未裸露性器官，因此是否會造成其他少年與兒童看後之傷害，必須瞭解翻拍畫面為何，才能判斷。綜上所述，本案中接受甲○○輔導之個案具有特殊成長背景與創傷經驗，在「非自願性」的處境中發展諮商專業關係實屬不易。甲○○以同志電影做為輔導工具，顯然對關係的困境上有所突破，有利於深入案主的內心世界，而對防制性暴力再犯的處遇目標有所進展等語。經斟酌前開鑑定意見，足證被上訴人在諮商過程中與案主丙○○共同觀看系爭影片，在諮商學理上是可容許的，且在丙○○的個案中也有其教育上之價值與輔導之必要，與心理師法第19條第1項之規定並無不符，要非一般之猥褻、色情影片。（三）至於被上訴人未阻止案主翻拍，雖不在被上訴人的輔導計劃中，然此項疏忽，未據上訴人提出任何證據證明丙○○業將翻拍的錄影片段提供予其他院內無以系爭錄影帶輔導必要之少年或兒童觀覽，核與兒童及少年福利法第55條第4項之要件尚屬有間，上訴人執此資為處罰被上訴人之理由，即有不合。次查被上訴人在提供系爭影片供案主丙○○做為輔導工具前，亦曾提供類似影片「愛的初體驗」作為輔導丙○○的教材，業據記載於輔導評估報告中，上訴人未對前此行為有所置喙，而針對系爭影片做出裁罰，不僅違反「行政自我拘束」之原則，且對輔導的專業工作的信賴有一定程度的不尊重。經勘察「愛的初體驗」影片，其所描述的內容，較諸系

爭影片，在教育上、藝術上之價值，稍有不足，上訴人對於前此輔導而提供類似影片未曾有所指摘，遽以系爭影片為輔導工具之行為裁罰被上訴人，有違行政程序法第8條所規定之誠實信賴保護。（四）至於上訴人在處分前雖曾徵詢台北市政府衛生局，有關被上訴人前述之諮商處遇過程，是否符合心理諮商必要處遇方式，經衛生局函轉聯合醫院略以：違反法規即是違法之答復，完全置專業於不顧，捨輔導專業處置上必要性、教育性之斟酌要件，衡諸經驗法則，要屬「衛生」領域之意見，而非「心理輔導」業務之正確取捨，缺乏資為處罰依據之可信性，上訴人引之為處罰之斟酌，即有不合。

四、上訴意旨略以：（一）原審判決時，上訴人之代表人已變更為乙○○，詎原審法院未依職權調查、審究而逕為判決，自屬當事人未經合法代理或代表之當然違背法令。（二）又刑法第235條在於保護社會善良風俗，而兒童及少年福利法第55條旨在促進兒童及少年身心健全發展而保障其權益，二者實有不同之核心領域，故司法院釋字第617號解釋關於猥褻之判斷標準係與刑法第235條同其判斷，而不應與屬於行政罰之兒童及少年福利法第55條第4項採相同之判斷標準；縱認本案有該司法院解釋之適用，然就藝術性、醫學性及教育性等消極構成要件而判斷，系爭影片雖具有藝術價值而阻卻其該當猥褻物品，惟並未因此即無電影分級制度之適用，依然該當兒童及少年福利法第27條第2項所禁止提供之限制級影片，惟原判決未審究兒童及少年福利法之立法目的，逕依上開司法院解釋而限縮同法第55條第4項之適用範圍，更未視對象究屬成人抑或兒童而異其處理方式，顯見原判決有不適用法規及適用不當之違誤。（三）此外，被上訴人同意案主丙○○翻拍系爭影片實已該當同法第55條第4項之規定，惟原審法院未慮及丙○○翻拍影片之影響、上訴人裁處罰鍰之專業考量等重要事項，且未詳予敘明理由，實有判決不備理由之違誤。再者，先前上訴人對於被上訴人提供「愛的初體驗」影片供丙○○觀賞，未予處罰，係基於尊重心理諮商輔導之專業考量，對於被上訴人所提出之個案報告僅作形式審查，信賴被上訴人不會提供限制級影片，且個案報告中亦未註明影片係限制級，故該先例實屬不法之行政先例，自無行政自我拘束原則之適用，故原判決亦有理由矛盾之違法等語。

五、本院查：（一）兩造對於本件是否有司法院釋字第617號解釋之適用？刑法第235條與兒童及少年福利法之規範範圍是否相同？被上訴人得否依「個人主觀之專業判斷」即置上訴人之監督與法律之禁止及處罰規定於不顧？被上訴人得否依據心理師法第19條主張阻卻違法之事由而得予免罰？均有爭執，上開爭議所涉及之法律見解意義重大，自有由本院加以闡釋之必要，核具有原則性，揆之首開規定，本件上訴應予

准許。(二)按「兒童及少年不得為下列行為：．．．三、觀看、閱覽、收聽或使用足以妨害其身心健康之暴力、色情、猥褻、賭博之出版品、圖畫、錄影帶、錄音帶、影片、光碟、磁片、電子訊號、遊戲軟體、網際網路或其他物品。．．．任何人均不得供應第1項之物質、物品予兒童及少年。」「出版品、電腦軟體、電腦網路應予分級；其他有害兒童及少年身心健康之物品經目的事業主管機關認定應予分級者，亦同。前項物品列為限制級者，禁止對兒童及少年為租售、散布、播送或公然陳列。第1項物品之分級辦法，由目的事業主管機關定之。」「供應有關暴力、猥褻或色情之出版品、圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號、電腦網路或其他物品予兒童及少年者，處新臺幣6千元以上3萬元以下罰鍰。」兒童及少年福利法第26條第1項、第3項、第27條及第55條第4項分別定有明文。(三)按刑法第235條規定之猥褻與兒童及少年福利法所規定之猥褻，兩者是否應作同樣之解釋，本即有商榷之餘地，況本件上訴人係以被上訴人違反兒童及少年福利法第26條第3項及第27條第2項之禁止規定，而依同法第55條第4項規定加以處罰，觀諸兒童及少年福利法第26條第3項之規定，所禁止提供少年觀看閱覽者除「猥褻」物品外，尚包括「暴力、色情及足以妨害其身心健康」之物品，並不以猥褻物品為限；至於同法第27條第2項禁止對少年散布者則為依「出版品及錄影帶節目帶分級辦法」列為限制級之物品，亦不以猥褻之物品為限，而本件被上訴人所提供少年觀覽之「放輕鬆、隨性做」係屬限制級之影片，業經上訴人上網查詢及向影片商優士電影有限公司查証屬實，並為兩造所不爭，是上訴人依兒童及少年福利法第55條第4項規定加以處罰，即屬有據。惟原判決卻引用司法院釋字第617號解釋對於刑法第235條之「猥褻」所作之定義，認本件被上訴人所提供予少年觀覽之影片具有藝術性及教育性，因此並非猥褻之物品，而不構成違反兒童及少年福利法第26條第3項、27條第2項及第55條第4項之違章行為，不當將兒童及少年福利法之違章行為限縮為刑法上之猥褻行為，未能體察刑法第235條與兒童及少年福利法分別有其不同之立法目的、規範範圍及適用對象，而引用司法院釋字第617號解釋將兩者加以比附援引，其適用法規自屬不當。查心理師法第19條第1項規定：「心理師應謹守專業倫理，維護個案當事人福祉。」旨在規定心理師在尊重當事人人格尊嚴之前提下，應積極提供諮商服務，以健全其人格發展及保障其福祉，其立法宗旨固無庸置疑，惟仍以心理師提供心理諮商之方法合法為前提，若以非法之手段提供心理諮商，縱其動機良善，亦不能以其係依法令之行為而主張阻卻違法，更不得僅以其「個人主觀之專業判斷」，而置上訴人之監督與法律之禁止及處罰規定於不顧，是被上訴人主張本件有阻卻違法之事由，自無足採。(四)次查被上訴人自承其同意少年翻拍系爭

影片，實已該當於兒童及少年福利法第55條第4項之規定，原判決竟謂上訴人未能提出證據證明少年業將翻拍之影片提供予其他少年觀覽，尚不足以執為處罰之理由等語，自有認定事實不憑證據之違法；至於先前上訴人對於被上訴人提供「愛的初體驗」影片供丙○○觀賞，未予處罰，係基於尊重心理諮商輔導之專業考量並信賴被上訴人不會提供限制級影片，故對於被上訴人所提出之個案報告僅作形式審查，且個案報告中亦未註明該影片係限制級，故上訴人先前未予處罰，於法尚無不合，自不足以構成行政先例，尚無行政自我拘束原則之適用，原判決未予查明其緣由，遽認原處分違反行政自我拘束原則，其認事用法亦有違誤。（五）原判決既有如上之違誤，上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄，為有理由，爰將原判決廢棄改判，並駁回被上訴人在第一審之訴。

六、據上論結，本件上訴為有理由，依行政訴訟法第256條第1項、第259條第1款、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 96 年 12 月 20 日

最高行政法院第一庭

審判長法官 高 啟 燦

法官 黃 璽 君

法官 廖 宏 明

法官 楊 惠 欽

法官 林 樹 埔

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 96 年 12 月 20 日

書記官 吳 玫 瑩

---

資料來源：司法院法學資料檢索系統