

最高法院刑事判決

114年度台上字第1405號

上訴人 黃文辰

上列上訴人因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113年11月28日第二審判決（113年度上訴字第4470號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第49216、49279號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於有罪部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

壹、本件原判決認定上訴人黃文辰有其犯罪事實欄（下稱事實欄）所載之犯行，因而撤銷第一審有罪（論處拍攝兒少性影像既、未遂共6罪刑）部分之判決，變更檢察官所引起訴法條，改判論處上訴人犯兒童及少年性剝削防制條例（下稱本條例）第36條第3項以違反本人意願之方法拍攝少年性影像（事實欄一部分）及同條第5項、第3項以違反本人意願之方法拍攝兒童或少年性影像未遂（事實欄二至六部分。事實欄二部分係依刑法想像競合犯規定，從一重論處）共6罪刑。固非無見。

貳、惟查：

一、關於行為人以偷拍方式（未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，以下同），對不知情之兒童或少年（以下簡稱兒少）拍攝其性影像，是否該當本條例第36條第3項構成要件之法律爭議，本庭評議後認具有原則重要性，經徵詢本院其他刑事庭，仍有不同見解，於民國114年9月10日以114年度台上大字第1405號裁定向本院刑事大法庭提案。經本院刑事大法庭於115年2月4日以114年度台上大字第1405號裁定主文宣示：「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

01 及少年性剝削防制條例第36條第3項之構成要件；若未另有
02 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
03 1項之規定論處。」並於裁定理由內說明：

04 □國家為保護法益之目的制定刑罰法律，而為貫徹其執行並確
05 保法律秩序，解釋適用時，自應以保護之法益為核心。若非
06 侵害刑事法律構成要件保護法益之不法行為，即不能令負該
07 罪責，以免羅織入罪，與憲法保障人民基本權之意旨不符。
08 易言之，法益保護乃刑罰具正當性之基礎，法院對於刑事法
09 律之解釋適用，應以構成要件保護之法益為依據，不得恣意
10 擴張構成要件或增加法律規定所無之內容，而擴增非原有文
11 義所能預測之可罰行為範圍，以符合刑法解釋妥當性之要
12 求。

13 □從法益保護與相關規範體系觀察

14 (一)刑法妨害性隱私罪係以「未經同意」為基本要件，另以「強
15 制（或違反意願）」為加重要件：

16 性隱私自主權與身體性自主權，係性自主權之不同面向，立
17 法保護之法益與處罰模式亦有區別。刑法妨害性自主罪，係
18 保護「身體性自主」之意思形成或決定自由，故以實行強
19 暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反意願之手段，為其犯罪
20 構成要件。而刑法妨害性隱私罪保護之主要法益則係「個人
21 性隱私」，且由於侵害性隱私常見之手段為「未經同意」偷
22 拍，刑法妨害性隱私罪之處罰，乃以「未經同意」為基本要
23 件（刑法第319條之1第1項），至於強暴、脅迫等或其他違
24 反意願之方法，則係侵害性隱私罪之加重要件（刑法第319
25 條之2第1項）；必也其行為侵害性隱私時，另侵害不法內涵
26 更高之性隱私意思形成或決定自由（或稱性隱私意思自
27 由），始能適用加重處罰規定論處較重罪刑。尤其，妨害性
28 隱私罪之「未經同意」，僅「未表達同意」，文義上係泛指
29 未有合意之所有情狀，並非以強制或違反意願之手段為要
30 件，故此類處罰模式本質上就不是以意思自由之侵害作為處
31 罰對象；而「強制（或違反意願）」則指壓抑或妨害個人意

01 思自由而言，二者規範對象並非完全相同。倘立法者依保護
02 法益之不同，分別採取「未經同意」或「強制（或違反意
03 願）」模式設定刑事法律之構成要件，並依情節明定輕重有
04 別之法定刑，法院解釋適用時，即不得逸出法律文義範圍，
05 將「未經同意」擬制為「強制（或違反意願）」，而予以從
06 重處罰，致悖乎正義，違反法律解釋妥當性之要求。

07 (二)本條例第36條之兒少性影像犯罪，係以第1項之「拍攝兒少
08 性影像」為基本要件，第3項之行為方法則為加重要件：

09 1. 由於兒少關於性事務之自主判斷能力尚未健全，且相對於成
10 年行為人而言，存在資源能力落差，居於不對等權力之弱勢
11 地位，因此，只要成年人對兒少為性之互動或利用（含性相
12 關行為或性影像之拍攝），即屬兒少性剝削之範疇。本條例
13 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
14 有無意願或決定權，一律加以保護，此由本條例第1條之規
15 定及第2條立法說明揭示：保護兒少身心健全發展，免於遭
16 受任何形式之性剝削、從事色情表演或作為色情之題材而助
17 長性差別待遇意識，避免觀看兒少色情圖畫、照片之人，採
18 取實際行動侵害兒少，提高犯罪之危險性各旨，即可印證。
19 參之已經內國法化之兒童權利公約第34條，要求締約國防止
20 兒少被用於色情表演或作為色情之題材等意旨亦明。從而，
21 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
22 之法益，其行為本身即具剝削性，而屬本條例禁止之兒少性
23 剝削。

24 2. 本條例第36條之前身，即84年8月11日制定公布之兒童及少
25 年性交易防制條例第27條，係依立法委員擬具之部分條文修
26 正草案併案審查通過（略為文字修正），參照當時立法紀
27 錄，兒少性影像處罰方式區分為一般、意圖營利、引誘或媒
28 介、強制、常業犯等五種。自其條文結構與立法目的以觀，
29 本條例為落實保護兒少之性隱私與身心健全發展，已針對不
30 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
31 件與保護法益，為層級化之處罰（第1項為一般處罰規定，

01 第2至4項則另依不同要件加重處罰)，使罪責相當。從法條
02 字面意義解釋，第36條第1項拍攝兒少性影像罪之處罰，並
03 未針對被害人知情與否之主觀狀態，另設要件或限制，只要
04 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
05 定，其適用並未排除偷拍兒少性影像之情形。

- 06 3. 綜合觀察本條例第36條之構成要件，並參酌刑法妨害性隱私
07 罪之規範意旨與構成要件之概念用語，為維護妨害性隱私罪
08 處罰之一貫性，解釋上，以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝
09 其性影像，即屬本條例第36條第1項文義解釋之射程範圍。
10 倘若行為人另有招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法而
11 「促使或助益」兒少性影像拍攝之行為，甚或進一步壓抑、
12 妨害兒少性隱私之意思自由，以「強暴、脅迫、藥劑、詐
13 術、催眠術或其他違反本人意願之方法」行之，始依同條第
14 2項或第3項之加重規定處罰。

15 □自本條例第36條第3項之要件而言

16 (一)本條例第36條第3項為雙行為犯：

17 有別於本條例第36條第1項之一般處罰規定，同條第3項係以
18 「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之
19 方法」作為加重要件，其保護之法益，除兒少之性隱私與身
20 心健全發展外，另及於兒少性隱私意思自由，本質上屬雙行
21 為犯。而保護個人意思自由之刑罰法律，關於「強暴、脅迫
22 等或其他違反本人意願之方法」之規定，雖不以類似於所列
23 舉之強暴、脅迫等高度強制行為為必要，低度強制行為亦包
24 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
25 由，始足當之。因此，第36條第3項犯罪之成立，除拍攝兒
26 少性影像之基礎行為外，尚須行為人以該項手段，壓抑或妨
27 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
28 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
29 處（例如1. 以強暴、脅迫壓抑其意思自由；2. 以藥劑或催眠
30 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
31 之詐術不當影響其關鍵決定；4. 營造其無助或弱勢之處境，

01 使之難以、不易、不敢逃脫或抗拒等)。否則，僅能論以同
02 條第1項之拍攝兒少性影像罪。至偷拍行為若同時該當兒童
03 及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第319條
04 之1第1項之成年人故意對兒少犯未經同意無故攝錄其性影像
05 罪之要件，則屬同一犯罪行為同時有二種法律可資處罰之法
06 規競合情形，應依重法優於輕法、特別法優於普通法之原
07 則，擇較重之本條例第36條第1項拍攝兒少性影像罪論處，
08 本不待言。

09 (二)本件隱匿拍攝之偷拍行為，並非本條例第36條第3項之「詐
10 術」：

11 即便本條例第36條第3項為保護兒少性隱私自主權，將「詐
12 術」與「強暴、脅迫、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之
13 方法」之侵害手段併列。該條所稱之「詐術」，仍要求行為
14 人必須以具法益關聯性之詐術行為積極介入，使兒少陷於錯
15 誤，而不當影響其對於被拍攝或自行拍攝性影像與否之關鍵
16 決定。然而，本件以偷拍方式，對於不知情之兒少拍攝性影
17 像，因兒少根本不知被偷拍，而未開啟意思形成或決定之程
18 序，自無陷於錯誤而決定被拍攝可言，當非第36條第3項之
19 「詐術」。

20 (三)本件偷拍行為，並非本條例第36條第3項所定其他違反意願
21 之方法：

22 行為人以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，既未施強
23 暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，復未在拍攝行為外，另以
24 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
25 拍過程始終不知情，無從為任何意思形成或決定，客觀上亦
26 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
27 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
28 以該罪，亦不因其行為地點（是否係公共空間）、行為人與
29 兒少之關係（是否熟識）、拍攝時間短暫與否，而異其判
30 斷。縱認「未經同意而偷拍」可能侵害兒少潛在之決定權，
31 仍應恪遵第36條第1項與第3項規定之文義與規範目的，不能

01 逕予限縮解釋第36條第1項之適用僅限於「兒少知情同
02 意」；又同時擴張或增加第36條第3項規定之可罰行為範
03 圍，將「偷拍」行為解釋為等同強制之「其他違反本人意願
04 之方法」拍攝，而論以第36條第3項之罪，增加該規定所無
05 之處罰內容，衍生違反罪刑法定原則之疑慮。況本條例經歷
06 次修法，已大幅提高第36條第1項拍攝兒少性影像罪之法定
07 刑（法定刑為1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬
08 元以上100萬元以下罰金），其適用結果，本可視個案情節
09 酌量適當之刑；倘法院認為行為人對不知情之兒少拍攝其性
10 影像之手段極為惡劣，甚或其行為侵害兒少合理性隱私期待
11 之情節更為嚴重時，自可從重量刑，而無悖於罰則之衡平，
12 亦無評價不足之疑慮；實無必要再以保護兒少為由，針對第
13 36條第3項之加重要件，擴張其適用範圍。

14 (四)本條例第36條性影像之認定，應適用刑法第10條第8項之規
15 定：

16 本條例配合刑法第10條第8項之規定，已於112年2月15日將
17 第36條之行為客體修正為「性影像、與性相關而客觀上足以
18 引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品」。且由於本條例
19 就「性影像」之定義，未有明文規定，因此關於第36條性影
20 像之認定，自應適用刑法之規定。而刑法第10條第8項所稱
21 之性影像，包含同條項第2款「性器或客觀上足以引起性慾
22 或羞恥之身體隱私部位」之影像或電磁紀錄，並不侷限於特
23 定對象的「行為（含性活動）」過程。是第36條關於兒少性
24 影像之處罰規定，自不以兒少在性活動之過程中，受到不對
25 等權力關係之壓榨而拍攝為前提。而從本條例保護兒少之性
26 隱私與身心健全發展，防止性影像之兒少性剝削等規範目的
27 觀察，並依妨害性隱私罪關於猥褻性（具性意涵）及合理隱
28 私期待之要件，為合目的性之解釋，如偷拍經內褲或內衣包
29 覆之兒少性器或身體隱私部位，客觀上足以造成羞恥，或引
30 起性慾，依刑法第10條第8項第2款之規定，即應認係本條例
31 第36條之兒少性影像。

01 □綜上所述，不論依文義解釋、體系解釋及目的論解釋，本條
02 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
03 自由之作用，始足當之。從而，行為人未施強暴、脅迫、藥
04 劑、詐術或催眠術，而以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性
05 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
06 用，自不該當第36條第3項之構成要件；若未另有同條第2項
07 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
08 論處。

09 二、本院刑事大法庭既已就前揭法律爭議做成裁定，依法院組織
10 法第51條之10之規定，本件採為裁判基礎之法律見解，自應
11 受上開大法庭裁定見解之拘束。依原判決之認定，上訴人明
12 知在事實欄一所示各書局、便利商店等處所見之A1及其他被
13 害人（人別資料均詳卷）為未滿12歲兒童或12歲以上未滿18
14 歲少年，竟分別基於拍攝兒少性影像之犯意，先後6次手持
15 行動電話伸向被害人之裙底或短褲下方，由下往上拍攝，而
16 著手對前述不知情之兒少拍攝裙底或短褲內之臀部或其內褲
17 包覆之性影像，惟僅攝得A1之性影像，其餘5次則未得手而
18 不遂。如若無訛，上訴人對於不知情之兒少，著手以偷拍方
19 式拍攝其等性影像，既未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠
20 術，復未在拍攝行為外，另以其他手段壓抑或妨害兒少之性
21 隱私意思自由；且因被害人對偷拍過程始終不知情而無從為
22 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
23 思形成或決定之作用；是否得認上訴人之行為符合本條例第
24 36條第3項之加重要件，自有未明。乃原判決未予釐清，僅
25 以：上訴人對於兒少處於不知被拍攝狀態，以隱匿而不告知
26 之方式，偷拍或竊錄其性影像，顯然具有妨礙其意思決定之
27 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
28 之結果，核屬「違反本人意願之方法」為由，逕論處上訴人
29 犯本條例第36條第3項或第5項、第3項以違反本人意願之方
30 法，拍攝兒少性影像既遂或未遂各罪刑，自有適用法則不當
31 之違法。再者，原判決於其理由之「論罪」欄，說明本件上

01 訴人所為，係犯本條例第36條第3項或第5項、第3項「以違
02 反本人意願之方法，拍攝兒少性影像既遂（事實欄一）及未
03 遂（事實欄二至六）」各罪刑（見原判決第3頁）；其附表
04 之「主文欄」則列記上訴人所犯罪名為「拍攝兒少性影像」
05 既遂或未遂罪，而為相異之記載（見原判決第9頁），其理
06 由說明與主文諭知內容亦有理由矛盾之缺失。

07 參、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，
08 且前揭違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁
09 判，應認原判決此部分有撤銷發回更審之原因。上訴人雖以
10 本條例第36條第3項關於「客觀上足以引起性慾或羞恥」之
11 「猥褻性」要件，其內涵不明為由，聲請併予提案由本院刑
12 事大法庭裁判；然上訴人此部分相關主張，或非本庭擬採為
13 裁判基礎之法律見解，或僅為事實上之爭辯，均非有據，無
14 從併為提案，附此說明。

15 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

16 中 華 民 國 115 年 2 月 4 日

17 刑事第七庭審判長法官 林瑞斌

18 法官 吳冠霆

19 法官 高文崇

20 法官 陳芃宇

21 法官 朱瑞娟

22 本件正本證明與原本無異

23 書記官 林明智

24 中 華 民 國 115 年 2 月 5 日