

# 最高法院刑事提案裁定

114年度台上大字第1405號

上訴人 黃文辰

對於下列法律問題，本庭經評議後認採為裁判基礎之法律見解，具有原則重要性，爰提案予刑事大法庭裁判：

## 本案提案之法律問題

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，是否該當兒少性剝削防制條例（下稱本法）第36條第3項之構成要件？

## 理由

### 壹、本案基礎事實

一、上訴人即被告黃文辰（下稱被告）明知在新北市各書局、便利商店等處所見之A1及其他被害人為未滿12歲兒童或12歲以上未滿18歲少年，竟基於拍攝兒少性影像之犯意，分別於民國112年6月間，先後6次以手機偷拍方式，著手對前述不知情之兒少拍攝裙底或褲底之性影像，因而攝得A1之性影像；其餘5次則未得手而不遂。

二、起訴後，第一審依檢察官起訴法條，分別論處被告犯本法第36條第1項（以下僅稱其條、項次或簡稱罪名為「拍攝兒少性影像」罪）之既、未遂各罪刑。檢察官不服第一審判決，提起第二審上訴，原審審理結果，撤銷第一審前述有罪判決，變更檢察官所引起訴法條，改判分別論處被告犯同條第3項（以下僅簡稱其條、項次）之既、未遂各罪刑。

### 貳、法律見解之說明

#### 一、肯定說

第36條第1項之拍攝兒少性影像罪，屬基本規定，凡行為人於「兒少知情同意」而拍攝性影像者均屬之。至行為人以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法

（下稱「強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法」）為之者，則屬同條第3項之罪。易言之，第36條第3項所定「其他違反本人意願之方法」，係指所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法而言，不以類似於所列舉之方法為必要，祇要所為具有壓制或妨礙被害人意思自由之作用，或被害人意思決定之過程因行為人之行為而發生瑕疵者，即合於「其他違反本人意願之方法」之要件。且為落實本法保護兒少身心健全發展，防制兒少成為性交易或拍攝色情影像對象之立法目的，應從保護兒少之角度，解釋第36條第3項「其他違反本人意願之方法」之意涵。倘兒少被拍攝性影像時，處於不知被拍攝之狀態，以致無法對於被拍攝行為表達反對之意思，實質上已剝奪兒少是否同意被拍攝性影像之選擇自由。是行為人隱匿或不告知而偷拍或竊錄兒少之性影像，顯然具有妨礙兒少意思自由之作用，無異壓抑兒少之意願，形同使兒少被迫遭受偷拍性影像之結果，自該當第36條第3項之構成要件（見臺灣高等法院113年度上訴字第4142號、113年度上訴字第3544號、113年度上訴字第4470號等判決意旨及所援引之本院見解）。

## 二、否定說

實務上有根據行為手段已否壓抑或妨礙兒少被害人意思自由，採否定見解，認第36條第3項之強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法，固不以類似於所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術及催眠術等方法為必要，仍須其所為具有壓抑或妨礙被害人意思自由之作用，始足當之。從而，第36條第3項規定之適用，應限於兒少知情之情形。若行為人在兒少不知情之情況下，私自拍攝兒少之性影像，其行為強度與對被害法益之侵犯，難認已達壓抑、妨礙被害人之意思自由之程度，自不構成第36條第3項之罪（見本院110年度台上字第2208號、110年度台上字第4573號判決。事實審另有持否定見解，論以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項之成年人故意對兒少犯未經他人同

01 意，無故攝錄其性影像罪，而依法加重其刑至二分之一者；  
02 見臺灣高等法院臺南分院113年度上訴字第1094號刑事判  
03 決）。

04 參、本庭擬採否定說，認應依第36條第1項之規定處罰，理由如  
05 下：

06 一、法律解釋必須恪遵罪刑法定原則，符合明確性與可預見性之  
07 要求

08 刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，  
09 國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則，行為之  
10 處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，且法律所定之犯  
11 罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能  
12 性（司法院釋字第602號解釋理由參照）。是法院解釋適用  
13 刑事法律時，就犯罪構成要件不得擴張或增加法律規定所無  
14 之內容，而擴增可罰行為範圍。否則即有悖於憲法罪刑法定  
15 原則。且刑罰規定應以受規範者得以理解及可預見之標準解  
16 釋之，始符合刑法解釋之明確性要求，俾能避免恣意入人民  
17 於罪，而與憲法保障人民基本權之意旨相符（司法院釋字第  
18 792號解釋理由參照）。

19 二、就文義而言，第36條第3項之「強暴、脅迫等或其他違反本  
20 人意願之方法」，應具有「壓抑或妨礙意思形成或決定自  
21 由」之作用

22 刑罰法律關於「強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法」  
23 之規定，雖不以類似於所列舉之強暴、脅迫等方法為必要，  
24 但仍必須客觀上具有壓抑或妨礙被害人意思自由之作用，始  
25 足當之（本院97年度第5次刑事庭會議決議意旨參照）。縱  
26 認其規定包含低度強制在內，亦須足以壓抑或妨礙被害人意  
27 思形成或決定之自由（本院110年度台上字第4578號、110年  
28 度台上字第5715號、111年度台上字第3868號等判決意旨參  
29 照）。因此，第36條第3項之方法，應指以強暴、脅迫、藥  
30 劑、詐術、催眠術或其他足以「壓抑或妨礙被害人意思自由  
31 之方法」而言；單純「以偷拍之方式，對不知情之兒少拍攝

性影像」，既未使用強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術之方法，亦無壓抑或妨礙兒少意思形成或決定自由之作用，自非第36條第3項之範疇。

### 三、從第36條本身與相關規定之體系觀察

#### (一)就第36條本身之體系而言

1. 本法第2條第1項所定之兒少性剝削態樣（含第3款所定「拍攝兒少性影像」），並不區別兒少有無意願或決定權，均一律加以保護，此由本法第1條之規定及第2條立法說明揭示「保護兒少身心健全發展，避免兒少遭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長性差別待遇意識，以免觀看兒少色情圖畫、照片之人，採取實際行動侵害兒少，提高犯罪危險性」之意旨，即可印證。且為落實保護兒少身心健全發展之法益，第36條第1項係針對「拍攝兒少性影像之不法行為」所設之一般處罰規定，不以兒少知情同意與否，為其處罰之前提或要件。易言之，第36條第1項之適用並未排除對不知情之兒少偷拍性影像之情形。故以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝其性影像，既已危害兒少身心健全發展，本屬第36條第1項之規範對象。倘若行為人進一步壓抑或妨礙兒少意思形成或決定自由而以「強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法」行之，始依同條第3項之加重規定處罰。可見第36條第1項、第3項立法時，已針對前述不同之行為方法、不法內涵，區別其要件與保護法益，為層級化之處罰，使罪責相當。因此，具體個案之行為手段必須具有壓抑或妨礙被害人意思自由之作用，始可適用第36條第3項之規定處罰。單純對不知情之兒少偷拍性影像，客觀上既未具壓抑或妨礙兒少意思自由之作用；則解釋適用時，自不得逾越前述法定要件之文義與規範體系，一方面任意限縮解釋第36條第1項之適用僅限於「兒少知情同意」之情形；另方面又擴張解釋第36條第3項規定之可罰行為範圍，逕謂「對不知情之兒少偷拍性影像」已「實質剝奪兒少同意與否之選擇自由」，將之解釋或擬制為「已壓抑或妨礙兒少意思自

由」，而依第36條第3項之加重處罰規定論處，致增加法律規定所無之處罰內容，違反罪刑法定原則。

2. 第36條第2項招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，「促使或助益」兒少性影像拍攝之相關加重規定，乃立法裁量增列結合「招募、引誘、容留、媒介、協助」等「不法行為」之不同犯罪樣態（類此立法體例可參見人口販運防制法第2條相關規定）；至同條第4項則係針對意圖營利者，另設之加重處罰規定。此二項加重處罰之要件，均無涉所用「行為方法」壓抑或妨礙兒少意思自由程度之判斷，故不在本法律問題之討論範圍。尤其第36條第2項之所以加重處罰，乃由於行為人「促使或助益」兒少性影像拍攝相關犯行之不法程度及所生危害較高；並非以「被害人是否知情同意」為其加重處罰之原因。況其中「容留、協助或以他法」而「促使或助益」相關犯行，其規範態樣包含兒少被害人知情或不知情之情形。從而，部分支持肯定說者，有謂第36條第2項係以「兒少知情同意」作為規範對象，進而主張對不知情之兒少偷拍性影像，應依同條第3項論處，似有誤會。

(二)從刑法拍攝他人性影像罪與第36條之體系而言

1. 刑法第319條之1第1項係未經同意拍攝他人性影像之一般處罰規定；同法第319條之2第1項之罪則以「強暴、脅迫、恐嚇或其他違反本人意願之方法」為加重處罰要件。若行為人以偷拍方式，對不知情之成年人拍攝性影像，因係未經同意拍攝，又未施用強暴、脅迫、恐嚇等方法，且不具壓抑或妨礙被害人意思自由之作用，應認係犯同法第319條之1第1項未經同意無故拍攝性影像罪，並無論處刑法第319條之2第1項罪刑之餘地。而本法第36條第1項、第3項之罪，與刑法第319條之1、第319條之2等規定相較，除被害人身分為兒少及成年人外，既同以非法拍攝性影像之犯行作為處罰對象；基於本質相同之事物應為相同處理之法理，及法秩序一致性之要求，對於第36條第3項「以強暴、脅迫等或其他違反本人意願方法」之加重要件，自應採取相同之解釋。亦即，必行

01 為人以第36條第3項之方法壓抑或妨礙兒少意思自由而拍攝  
02 其性影像，方論以該加重處罰規定之罪。至於以偷拍方式，  
03 對不知情之兒少拍攝性影像者，因被害人不知情，本無從形  
04 成同意或拒絕之意思，只能適用第36條第1項之一般處罰規  
05 定。縱認「未經同意而偷拍」可能侵害兒少潛在之決定權，  
06 然兒少之意思能力於偷拍行為中，既不知情而無作用，與壓  
07 抑或妨礙其意思形成或決定自由之情形即有不同，不能論以  
08 第36條第3項之罪，更無論究兒少意思能力有無欠缺或不足  
09 之必要，亦與本院99年度第7次刑事庭會議關於對兒少犯刑  
10 法妨害性自主罪案件，應審酌兒少拒絕或反對之意思能力，  
11 妥適判斷行為人之手段已否壓抑或妨礙兒少意思自由而為事  
12 實認定之決議內容無涉。

13 2.刑法第319條之1第1項關於拍攝「成年人」性影像之處罰規  
14 定，目的在保護「個人性隱私」，故以「未經他人同意」作  
15 為處罰之前提。本法第36條第1項則基於保護兒少身心健全  
16 發展、避免兒少成為色情題材與杜絕兒少受犯罪侵害之風險  
17 等目的，對於拍攝兒少性影像之不法行為，不問兒少是否知  
18 情同意，均予處罰，某程度已考量兒少意思能力欠缺或不  
19 足，擴大處罰範圍；且經歷次修法，亦大幅提高第36條第1  
20 項拍攝兒少性影像罪之法定刑。若與適用兒童及少年福利與  
21 權益保障法第112條第1項前段、刑法第319條之1第1項之分  
22 則加重規定，論以成年人故意對兒少犯未經他人同意，無故  
23 攝錄其性影像罪（依法加重其刑至二分之一）相較；第36條  
24 第1項仍屬較重之特別規定。題旨所示「以偷拍方式，對不  
25 知情之兒少拍攝其性影像」，既符合第36條第1項之要件，  
26 則適用結果，仍可視個案情節酌量適當之刑；倘法院認為偷  
27 拍不知情之兒少性影像係屬量刑之不利事由，自可從重量  
28 刑，而無悖於罰則之衡平，亦無評價不足之疑慮；實無再以  
29 保護兒少為由，針對第36條第3項之加重要件，例外擴張解  
30 釋其適用範圍之正當性。以免將「未經同意」而偷拍兒少性  
31 影像之行為手段，擴大解釋或擬制為符合「壓抑或妨礙被害

人意思自由」之加重要件，對於相類刑罰規定之同一用語（例如刑法妨害性隱私及不實性影像罪章第319條之1第1項之未經同意無故拍攝性影像罪與第319條之2第1項之加重拍攝性影像罪、妨害性自主罪章之乘機性交罪與強制性交罪等），未以受規範者得以理解及可預見之標準解釋適用，有違刑法解釋明確性之要求。

#### 四、由歷史解釋之觀點

現行第36條前身，即84年8月11日制定公布之兒童及少年性交易防制條例第27條規定，係照謝啟大前立法委員（下稱謝委員）擬具之部分條文修正草案併案審查通過（略做文字修正，見立法院公報84卷17期2774號下冊第165至199頁、84卷46期2803號二冊第86至178頁）。依謝委員於84年3月15日第六次聯席會議之提案說明，本法處罰對象包含「拍攝、製作A片、圖畫」者；其處罰刑度區分為：1. 一般、2. 意圖營利者、3. 引誘、媒介者、4. 強制、5. 常業犯等五種。謝委員於審查過程中，並按「一般」與「強制」之不同手段，說明該提案條文之不同刑度（見84年3月15日立法院第二屆第五會期內政及邊政、司法委員會併案審查「雛妓防治法草案」第六次聯席會議記錄）。可見立法者原意，對於拍攝兒少性影像之犯罪，係依行為人是否使用強制（指壓抑或妨礙他人意思自由）手段，區分其危害程度，明定輕重不同之法定刑。亦即，只要拍攝兒少性影像即予處罰，但若以強制手段壓抑或妨礙兒少意思自由而拍攝其性影像者，則適用較重之處罰規定。是就立法歷程而言，立法者顯然有意以強制手段之有無，作為第36條第3項加重處罰規定適用與否之區分基準；且始終無意將不具「強制」要素之「以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像」之情形，納入該條第3項加重處罰規定之範圍。

五、被告以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝其性影像，若同時該當第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項之成年

01 人故意對少年犯未經他人同意，無故攝錄其性影像罪（依法  
02 加重其刑至二分之一）之要件；即屬同一犯罪行為而同時有  
03 二種法律可資處罰之法規競合情形，應依重法優於輕法、或  
04 特別法優於普通法之原則，擇較重之第36條第1項拍攝兒少  
05 性影像罪論處。自不待言。

## 06 六、結論

07 刑罰權之行使，應嚴格遵守罪刑法定原則，並以人民得以理  
08 解及可預見之標準解釋法律，不得擴張或增加法律規定所無  
09 之內容，而擴增可罰行為之範圍，俾免恣意入人民於罪。本  
10 件不論依文義解釋、體系解釋及立法者原意，第36條第3項  
11 之「強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法」，必須具有  
12 壓抑或妨礙被害人意思自由之作用，始足當之。從而，被告  
13 未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，單純以偷拍方式，  
14 對不知情之兒少拍攝其性影像者，客觀上既無壓抑或妨礙兒  
15 少意思形成或決定自由之作用，自非第36條第3項規定之範  
16 疇；若未有第36條第2項或第4項之其他非法行為或營利意  
17 圖，即應依第36條第1項之規定處罰。

18 肆、上揭本庭擬採之法律見解，經徵詢其他各庭結果，刑事第二  
19 庭、第三庭、第四庭、第六庭及第八庭不同意本庭見解（即  
20 採肯定說）。第一庭、第五庭同意本庭見解（即採否定  
21 說）。第九庭則表示僅於本案基礎事實範圍內（在公共空間  
22 以手持裝置例如手機偷拍）同意本庭擬採之否定說見解。本  
23 庭經評議後認本案法律問題，具有原則重要性，且經徵詢  
24 後，本院其他各庭亦有不同意見，爰依法院組織法第51條之  
25 3規定，裁定提案予刑事大法庭裁判。

26 伍、本庭指定庭員朱瑞娟法官為刑事大法庭之庭員。

27 中 華 民 國 114 年 9 月 10 日

28 刑事第七庭審判長法官 林瑞斌

29 法官 吳冠霆

30 法官 高文崇

31 法官 陳芃宇

01

法 官 朱瑞娟

02 本件正本證明與原本無異

03

書記官 林明智

04 中 華 民 國 114 年 9 月 12 日