

最高法院刑事大法庭裁定

114年度台上大字第1405號

上訴人 黃文辰

選任辯護人 陳奕廷律師

阮玉婷律師

高振云律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，本院刑事第七庭裁定提案之法律爭議（本案案號：114年度台上字第1405號，提案裁定案號：114年度台上大字第1405號），本大法庭裁定如下：

主 文

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。

理 由

壹、本案基礎事實

一、上訴人黃文辰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（下稱兒少），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（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，撤銷第一審有罪判決，變更檢察官所引

起訴法條，改判分別論處上訴人犯同條第3項之既、未遂各罪刑。

貳、本案法律爭議

行為人以偷拍方式（未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，以下同），對不知情之兒少拍攝其性影像，是否該當本條例第36條第3項之構成要件？

參、本大法庭之見解

一、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保法律秩序，解釋適用時，自應以保護之法益為核心。若非侵害刑事法律構成要件保護法益之不法行為，即不能令負該罪責，以免羅織入罪，與憲法保障人民基本權之意旨不符。易言之，法益保護乃刑罰具正當性之基礎，法院對於刑事法律之解釋適用，應以構成要件保護之法益為依據，不得恣意擴張構成要件或增加法律規定所無之內容，而擴增非原有文義所能預測之可罰行為範圍，以符合刑法解釋妥當性之要求。

二、從法益保護與相關規範體系觀察

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

性隱私自主權與身體性自主權，係性自主權之不同面向，立法保護之法益與處罰模式亦有區別。刑法妨害性自主罪，係保護「身體性自主」之意思形成或決定自由，故以實行強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反意願之手段，為其犯罪構成要件。而刑法妨害性隱私罪保護之主要法益則係「個人性隱私」，且由於侵害性隱私常見之手段為「未經同意」偷拍，刑法妨害性隱私罪之處罰，乃以「未經同意」為基本要件（刑法第319條之1第1項），至於強暴、脅迫等或其他違反意願之方法，則係侵害性隱私罪之加重要件（刑法第319條之2第1項）；必也其行為侵害性隱私時，另侵害不法內涵更高之性隱私意思形成或決定自由（或稱性隱私意思自由），始能適用加重處罰規定論處較重罪刑。尤其，妨害性

01 隱私罪之「未經同意」，僅「未表達同意」，文義上係泛指
02 未有合意之所有情狀，並非以強制或違反意願之手段為要件，故此類處罰模式本質上就不是以意思自由之侵害作為處
03 罰對象；而「強制（或違反意願）」則指壓抑或妨害個人意
04 思自由而言，二者規範對象並非完全相同。倘立法者依保護
05 法益之不同，分別採取「未經同意」或「強制（或違反意
06 願）」模式設定刑事法律之構成要件，並依情節明定輕重有
07 別之法定刑，法院解釋適用時，即不得逸出法律文義範圍，
08 將「未經同意」擬制為「強制（或違反意願）」，而予以從
09 重處罰，致悖乎正義，違反法律解釋妥當性之要求。

11 (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
12 性影像」為基本要件，第3項之行為方法則為加重要件：

- 13 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
14 年行為人而言，存在資源能力落差，居於不對等權力之弱勢
15 地位，因此，只要成年人對兒少為性之互動或利用（含性相
16 關行為或性影像之拍攝），即屬兒少性剝削之範疇。本條例
17 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
18 有無意願或決定權，一律加以保護，此由本條例第1條之規
19 定及第2條立法說明揭示：保護兒少身心健全發展，免於遭
20 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
21 長性差別待遇意識，避免觀看兒少色情圖畫、照片之人，採
22 取實際行動侵害兒少，提高犯罪之危險性各旨，即可印證。
23 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
24 兒少被用於色情表演或作為色情之題材等意旨亦明。從而，
25 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
26 之法益，其行為本身即具剝削性，而屬本條例禁止之兒少性
27 剝削。
- 28 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
29 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
30 正草案併案審查通過（略為文字修正），參照當時立法紀
31 錄，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觀，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。

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，即屬本條例第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。

三、自本條例第36條第3項之要件而言

(一)本條例第36條第3項為雙行為犯：

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「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，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。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項之成年人故意對兒少犯未經同意無故攝錄其性影像罪之要件，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，本不待言。

(二)本件隱匿拍攝之偷拍行為，並非本條例第36條第3項之「詐術」：

即便本條例第36條第3項為保護兒少性隱私自主權，將「詐術」與「強暴、脅迫、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之方法」之侵害手段併列。該條所稱之「詐術」，仍要求行為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決定。然而，本件以偷拍方式，對於不知情之兒少拍攝性影像，因兒少根本不知被偷拍，而未開啟意思形成或決定之程序，自無陷於錯誤而決定被拍攝可言，當非第36條第3項之「詐術」。

(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之方法：

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，亦不因其行為地點（是否係公共空間）、行為人與兒少之關係（是否熟識）、拍攝時間短暫與否，而異其判斷。縱認「未經同意而偷拍」可能侵害兒少潛在之決定權，仍應恪遵第36條第1項與第3項規定之文義與規範目的，不能逕予限縮解釋第36條第1項之適用僅限於「兒少知情同意」；又同時擴張或增加第36條第3項規定之可罰行為範圍，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，而論以第36條第3項之罪，增加該規定所無之處罰內容，衍生違反罪刑法定原則之疑慮。況本條例經歷次修法，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10萬元以上100萬元以下罰金），其適用結果，本可視個案情節酌量適當之刑；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之情節更為嚴重時，自可從重量刑，而無悖於罰則之衡平，亦無評價不足之疑慮；實無必要再以保護兒少為由，針對第36條第3項之加重要件，擴張其適用範圍。

(四)本條例第36條性影像之認定，應適用刑法第10條第8項之規定：

本條例配合刑法第10條第8項之規定，已於112年2月15日將第36條之行為客體修正為「性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品」。且由於本條例就「性影像」之定義，未有明文規定，因此關於第36條性影像之認定，自應適用刑法之規定。而刑法第10條第8項所稱之性影像，包含同條項第2款「性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」之影像或電磁紀錄，並不侷限於特定對象的「行為（含性活動）」過程。是第36條關於兒少性影像之處罰規定，自不以兒少在性活動之過程中，受到不對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觀察，並依妨害性隱私罪關於猥褻性（具性意涵）及合理隱

私期待之要件，為合目的性之解釋，如偷拍經內褲或內衣包覆之兒少性器或身體隱私部位，客觀上足以造成羞恥，或引起性慾，依刑法第10條第8項第2款之規定，即應認係本條例第36條之兒少性影像。

四、綜上所述，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，自不該當第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。

中 華 民 國 115 年 2 月 4 日

刑事大法庭審判長法官 徐昌錦

法官 林立華

法官 段景榕

法官 李英勇

法官 李錦樑

法官 林恆吉

法官 林瑞斌

法官 梁宏哲

法官 林海祥

法官 蔡廣昇

法官 朱瑞娟

本件正本證明與原本無異

書記官 林明智

中 華 民 國 115 年 2 月 4 日