



---

# 最高檢察署

---



刑事大法庭言詞辯論意旨書  
(114 年度台上大字第 1405 號)

檢察官 費玲玲  
林麗瑩  
張安箴  
林錦鴻  
林芝郁  
吳梓榕  
劉建志  
許文琪  
邱耀德  
樊家妍

## 目錄

壹、本案提案之法律問題 .....	3
貳、本案基礎事實 .....	3
參、本署意見 .....	3
一、爭點一 .....	3
(一)刑法第十六章妨害性自主罪之保護法益為性自主權，刑法第二十八章之一妨害性 隱私罪之保護法益為性隱私權 .....	4
(二)本法第 36 條的保護法益為兒少身心健全發展之基本人權，是聯合國相關宣言公 約、我國法律、釋憲實務、學說及多數實務見解之共識 .....	4
(三)實務、學說及比較法上認為本法第 36 條之保護法益內涵與妨害性自主罪、妨害性 隱私罪之保護法益有別 .....	8
(四)本署對於爭點一的意見 .....	9
二、爭點二 .....	10
(一)聯合國兒童權利公約、歷史解釋與文義解釋之觀點 .....	10
(二)實務見解、本案專家法律意見及比較法之見解 .....	12
(三)實務上採肯定說見解之疑義 .....	14
(四)本署對於爭點二採否定說 .....	16
(五)性影像定義應回歸刑法第 10 條第 8 項之規定 .....	16
三、爭點三 .....	18
(一)本法第 36 條第 1 項、第 3 項之解釋適用 .....	18
1、「未經兒少同意」之釋義 .....	18
2、從文義解釋、歷史解釋及體系解釋之觀點，檢視本法第 36 條第 1 項、第 3 項之立 法架構模式 .....	19

3、從不法內涵之觀點，為本法第 36 條第 3 項例示規定之比較 .....	23
4、從本法與刑法之體系解釋觀點，為本法第 36 條第 3 項「其他違反本人意願之方法」概括規定之比較 .....	27
5、本法第 36 條第 3 項「其他違反本人意願之方法」之文義解釋 .....	29
(二)本署對於爭點三的意見 .....	30
1、依照社會上一般人對文字的通常理解，以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，是「未經兒少同意」拍攝其性影像的一種行為態樣 .....	30
2、以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，已「妨礙兒少意思自由」，該當本法第 36 條第 3 項「以其他違反本人意願之方法」之構成要件 .....	31
(1)兒少被偷拍當下並不知情，已被剝奪及妨礙表達意見之機會 .....	31
(2)偷拍方式類同例示規定之「詐術」態樣 .....	32
(3)偷拍造成之損害未必亞於遭強暴、脅迫之例示情形 .....	33
3、偷拍兒少性影像適用本法第 36 條第 3 項，與本法施行前、後之最高法院多數見解一致 .....	34
四、爭點四、爭點五 .....	35
(一)否定說符合平等原則與不歧視原則，本案專家法律意見亦有採否定說 .....	35
(二)否定說符合刑法妨害性自主罪章「尊重被害人意願及決定自由」及最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議決議保護兒少之精神，與該決議結論並無衝突 .....	37
(三)本署對於爭點四、爭點五，均採否定說 .....	38
肆、結論 .....	38

# 最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

114 年度台庭蒞字第 2 號

上 訴 人

即 被 告 黃文辰 男 年籍資料詳卷

選任辯護人 陳奕廷律師 住詳卷

阮玉婷律師 住詳卷

高振云律師 住詳卷

上列上訴人即被告黃文辰(下稱被告)因違反兒童及少年性剝削防制條例(下稱本法)，經貴院刑事第七庭裁定提案法律爭議之刑事大法庭案件(114 年度台上大字第 1405 號)，提出言詞辯論意旨如下：

## 壹、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，是否該當本法第 36 條第 3 項之構成要件？

## 貳、本案基礎事實

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。

## 參、本署意見

### 一、爭點一

刑法第十六章之妨害性自主罪，與第二十八章之一的妨害性隱私罪，二者保護法益有何異同？對於構成要件之解釋有何影響？本法第 36 條第 1 項之罪與第 3 項之罪的保護法益為何？該罪之保護法益對於其構成要件的解釋有何影響？

1 (一)刑法第十六章妨害性自主罪之保護法益為性自主權，刑法第二十八章  
2 之一妨害性隱私罪之保護法益為性隱私權

3 刑法第十六章妨害性自主罪保護法益為性自主(性自由)，是個人性決定的自由<sup>1</sup>。本質上屬於個人的防禦權，即使個人享有免於成為他人性客體的消極自由，而可依其意願，決定在何時與何人從事何種類與方式的性行為<sup>2</sup>。刑法第十六章妨害性自主罪的禁止行為，都是保障被害人的性自主權<sup>3</sup>。刑法強制性交罪要保護的法益為個人與性有關的意思決定與意思形成自由，包含個人對性的自主決定權與身體控制權<sup>4</sup>。

9 刑法第 319 條之 1、第 319 條之 2、第 319 條之 3 所關注的保護法益，  
10 乃個人與性有關之生活領域或「隱私權」受到侵害，至於「性隱私」之  
11 概念，仍應從一般人格權保護之角度加以理解<sup>5</sup>，本章所保護的隱私，  
12 僅限於性影像<sup>6</sup>。性隱私主要強調對個人性私密領域的侵犯，也同時會  
13 涉及個人性自主/身體自主的侵害<sup>7</sup>。兩者為性自主的不同表現面向<sup>8</sup>。學  
14 者有認為，具備「性的關聯」之隱私，始具備法益之需保護性<sup>9</sup>。應著  
15 重隱私概念中所強調的「非公開性」，唯有「非公開隱私」才是刑法提  
16 供保護的核心利益<sup>10</sup>。

17 (二)本法第 36 條的保護法益為兒少身心健全發展之基本人權，是聯合國相  
18 關宣言公約、我國法律、釋憲實務、學說及多數實務見解之共識

19 「兒童<sup>11</sup>」是世界上最脆弱(vulnerability)的人口，由於他/她們身心

<sup>1</sup> 陳子平，刑法各論(上)，五版第 1 刷，頁 216，元照出版有限公司，2022 年 9 月。

<sup>2</sup> 許澤天，刑法分則，下冊五版，2 刷，人格與公共法益篇，頁 331，新學林出版股份有限公司，2023 年 10 月。

<sup>3</sup> 黃惠婷，「性刑法防制兒童及少年性侵害之修法研究」，中央警察大學法學論集，第 24 期，頁 107，102 年 4 月。

<sup>4</sup> 王皇玉，刑法分則(一)，一版 2 刷，頁 403，新學林出版股份有限公司，2025 年 7 月。

<sup>5</sup> 同前註，頁 371-372。

<sup>6</sup> 王皇玉，本案法律意見書，頁 2。

<sup>7</sup> 謝煜偉，本案法律意見書，頁 3。

<sup>8</sup> 李佳玟，本案法律意見書，頁 12。

<sup>9</sup> 林琬珊，「性影像」與隱私之刑法保護——新修刑法「性影像」規定之評析，月旦法學雜誌，第 333 期，頁 52，2023 年 2 月。

<sup>10</sup> 林琬珊，「攝錄、散布性影像行為之刑法規制」，臺大法學論叢，第 54 卷第 1 期，頁 265，2025 年 3 月。

<sup>11</sup> 聯合國「兒童權利公約」(Convention on the Rights of the Child，簡稱 CRC)第 1 條對該公約所稱兒童定義為未滿 18 歲之人，即本法保護之未滿 12 歲兒童及 12 歲以上未滿 18 歲少年。

發展仍未臻成熟，社會地位與經濟能力更是處於弱勢，特別容易暴露於各類形式剝削之風險<sup>12</sup>。根據「聯合國憲章」<sup>13</sup>所宣告「承認所有人類大家庭成員的固有尊嚴及平等、不可剝奪的權利，乃是世界自由、公平正義與和平基礎」之原則，秉持重申「聯合國憲章」對於基本人權與人性尊嚴及價值的理念，聯合國於「世界人權宣言」宣告「兒童有權享有特別照顧與協助」<sup>14</sup>。為使兒童充分做好在社會中獨立生活的準備，並在「聯合國憲章」所宣揚的理念精神——尤其是和平、尊嚴、寬容、自由、平等與團結——下成長。對兒童提供特別照顧的必要性，已在1924年「日內瓦兒童權利宣言」與1959年11月20日聯合國大會通過的「兒童權利宣言」<sup>15</sup>中得到闡明。「公民與政治權利國際公約」第24條第1項規定：「所有兒童無論種族、膚色、性別、語言、宗教、民族或社會出身、財產或出生，應不受任何歧視，均有權獲得家庭、社會及國家給予其未成年身分所需之保護措施……」<sup>16</sup>、「經濟、社會、文化權利公約」第10條第3項規定：「所有兒少應受特殊措施予以保護與協助，不得因其出身或其他情況而予歧視。……」<sup>17</sup>。從兒童權利公約<sup>18</sup>第1條開宗明義表明保障和促進兒童身心之健康全面發展乃政府維護兒童權利的基本要務之觀點，健康權之維護可謂兒童權利之核心價值。有別成人健康權，兒童身心均尚未發展成熟，缺乏獨立行使權利義務的能力，故有必要給予特別的身心保護，以保障兒童不因身心發展不同而遭遇不平等的待遇。兒童因其各方面之能力與智識正在發展階段，無法充分、有效維護其自身健康權益，因而家庭之家長、社會，乃至於國家有義務確保其健全發展之權益。兒少是國家社會最寶貴的資產，其身體、智能發展未臻成熟，卻是其個體生理與心理發展的關鍵期，此時提供妥適的保護與照顧，保障其基本權益，以培養其健全的身體素質與人格，不僅是國家應盡之責任，還仰賴個人、家庭、社區、學校、社會、國家乃至

<sup>12</sup> 李麗芬、林沛君，「第十章 免於剝削」，兒童權利公約，頁229，施慧玲、陳竹上執行主編，財團法人台灣新世紀文教基金會，2016年11月。

<sup>13</sup> UN Charter。

<sup>14</sup> Universal Declaration of Human Rights, Article 25。

<sup>15</sup> Declaration of the Rights of the Child (1959)。

<sup>16</sup> The International Covenant on Civil and Political Rights, Article 24。

<sup>17</sup> The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Article 10。

<sup>18</sup> CRC於1989年11月20日聯合國大會第44/25號決議通過、開放簽署、批准和加入、於1990年9月2日生效。



於國際全方位的共同參與及努力<sup>19</sup>。

公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法、兒童權利公約施行法賦予上開公約國內法律效力後，兒少身心健全發展之基本人權已是我國法律明定應予保護之權利。又司法院釋字第 623 號解釋提到「兒少之心智發展未臻成熟，與其為性交易行為，係對兒少之性剝削。性剝削之經驗，往往對兒少產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒少免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權……為重大公益，國家應有採取適當管制措施之義務，以保護兒少之身心健康與健全成長。」司法院釋字第 664 號解釋理由書也提到「為保護兒少之身心健康及人格健全成長，國家負有特別保護之義務（憲法第 156 條規定參照），應基於兒少之最佳利益，依家庭對子女保護教養之情況，社會及經濟之進展，採取必要之措施，始符憲法保障兒少人格權之要求（本院釋字第 587 號、第 603 號及第 656 號解釋參照）」為我國釋憲實務已承認兒少身心健康及人格健全成長基本權<sup>20</sup>之適證。

刑法學者有認為，所謂「兒童色情即為對兒童之性虐待」是立法者事前對各種法益侵害的一種集合性的擬制。侵害的是一種專屬於「兒童」的法益集合體，立法者事先設定，只要兒童實際上做出或遭遇某些舉動，這個特殊的兒童法益就是同受到侵害，亦即擬制兒童受到性的虐待（個人法益說），拍攝製造行為屬於兒童法益的實害犯<sup>21</sup>。兒少性自主的侵害只不過是性剝削型態的其中一種面向，兒少性剝削之處罰，仍舊必須要建立在對兒童個人現在及未來健全成長的保護之上<sup>22</sup>；有認為兒童及少年性交易防制條例（下稱：兒少性交易條例）的目的在於未成年人在性方面的保護以及性剝削的防止<sup>23</sup>；亦有認為，拍攝未成年人性交或猥褻影像的本法第 36 條第 1 項基本構成要件，當行為人直接拍攝性意識尚不成熟的未成年人色情影像，一方面讓未成年人與性相關的裸體

<sup>19</sup> 歐陽薇、黃清梁，「第十一章 健康權」，同註 12，兒童權利公約，頁 257、258。

<sup>20</sup> 董保城、法治斌，憲法新論，八版第 2 刷，頁 429，元照出版有限公司，2021 年 11 月；許育典，憲法，八版第 1 刷，頁 366-367，元照出版有限公司，2018 年 2 月。

<sup>21</sup> 謝煜偉，「論虛擬兒童色情的刑事立法趨勢—誰的青春肉體不可褻瀆？」月旦法學雜誌，第 186 期，頁 51，2010 年 11 月。

<sup>22</sup> 謝煜偉，本案法律意見書，頁 2。

<sup>23</sup> 李茂生，「論性道德的刑法規制」，台灣法學新課題（一），頁 313，元照出版有限公司，2003 年 9 月。

姿態入鏡，二方面該入鏡後的裸體姿態可能外流，這兩種效果同樣有害其身心健全發展。行為人獲得未成年人同意拍攝其色情影像行為的可罰性，可同時透過個人法益(拍攝兒少裸照，侵害其性意識與認知的正常發展)或社會法益(行為人拍攝未成年人裸照並意圖散布，其散布意圖帶來裸照的外流，影響社會上不容易接觸兒少色情的性道德風俗)予以合理解釋<sup>24</sup>；另有認為兒少性交易條例第 27 條第 1 項與刑法第 227 條之立法目的相同，兒少性交易條例保障的法益是未滿 18 歲之人性自主權不受干擾的發展，保護其能負責地發展性認同，且避免經由性交易對其性發展帶來可能不利影響的性濫用<sup>25</sup>。憲法學者將「保護兒少之身心健康及人格健全成長」歸類為憲法保障兒少人格權之要求，認為人格權乃維護個人主體性及人格自由發展不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切<sup>26</sup>。

分析本法修正前、後有關兒少性交易條例第 27 條及本法第 36 條實務見解，大致可歸納為判決理由中提到「兒少與性有關之隱私資訊<sup>27</sup>」、「一般人生活中之性道德感情、兒少身心健全發展、性隱私權<sup>28</sup>」、「兒少權益/兒少身心健全發展、被害人自主意願之法益<sup>29</sup>」、「兒少身心健全成長之權利/兒少身心健全發展(之基本人權)<sup>30</sup>」、「本法第 36 條第 3 項係同時保護個人性自主及社會善良風俗之重層性法益<sup>31</sup>」、「性隱私、性自主決定權、社會秩序善良風俗、未成年人身心健全發展之基本人權<sup>32</sup>」、「兒少身心健康、人格健全發展及社會善良風俗與法律秩序

<sup>24</sup> 許恒達，兒童及少年性剝削防制條例刑事責任之評析，月旦刑事法評論，第 1 期，頁 61-63，2016 年 6 月。

<sup>25</sup> 同註 3，頁 116、124。

<sup>26</sup> 同註 20。

<sup>27</sup> 臺灣高等法院臺南分院 105 年度侵上訴字第 774 號刑事判決。

<sup>28</sup> 臺灣高等法院臺中分院 106 年度上訴字第 423 號刑事判決、臺灣高等法院臺南分院 110 年度上訴字第 832 號刑事判決。

<sup>29</sup> 最高法院 110 年度台上字第 2208 號刑事判決、113 年度台上字第 2163 號刑事判決、114 年度台上字第 2477 號刑事判決。

<sup>30</sup> 最高法院 101 年度台上字第 5866 號刑事判決、104 年度台上字第 697 號刑事判決、107 年度台上字第 1133 號刑事判決、109 年度台上字第 624 號刑事判決、109 年度台上字第 3592 號刑事判決、110 年度台上字第 3486 號刑事判決、110 年度台上字第 3775 號刑事判決、111 年度台上字第 11 號、111 年度台上字第 12 號刑事判決、111 年度台上字第 1838 號刑事判決、111 年度台上字第 2601 號刑事判決、111 年度台上字第 3725 號刑事判決、112 年度台上字第 2540 號刑事判決、113 年度台上字第 2621 號刑事判決、114 年度台上字第 70 號刑事判決。

<sup>31</sup> 臺灣高等法院臺中分院 110 年度上訴字第 1869 號刑事判決。

<sup>32</sup> 臺灣高等法院 111 年度上訴字第 4960 號刑事判決。



<sup>33</sup>」、「兒少性隱私、兒少身心健全發展之基本人權、被害人自主意思法益<sup>34</sup>」8種類型，最高法院有多則判決係屬「兒少身心健全成長之權利/兒少身心健全發展(之基本人權)」之類型，且「兒少身心健全成長之權利/兒少身心健全發展(之基本人權)/兒少身心健康、人格健全發展」是多數實務見解之共識。

### (三)實務、學說及比較法上認為本法第 36 條之保護法益內涵與妨害性自主罪、妨害性隱私罪之保護法益有別

為落實國家對於兒少之特別照顧保護義務，促進兒童之身心健全成長發展，本法第 36 條之罪與其他本法第 4 章之罪，皆在保護遭受性剝削之個別兒少身心健全發展基本人權之個人整體性法益，此項保護法益之內涵是與兒少身心健康與成長發展有關兒少各項自由、權利(包含性自主權、性隱私權、兒童權利公約針對兒少之特殊性具體列舉兒少應享有之特殊權利<sup>35</sup>)，與刑法第十六章妨害性自主罪以性自主權為保護法益及刑法第二十八章之一妨害性隱私罪保護性隱私法益之內涵，未盡相同。在「兒童是人」、「兒童與成人平等享有人權」之全球共識及基本價值理念下，兒少與成人同享憲法上自由、權利之基本權保障，亦為性自主權、性隱私權之權利主體，兒少與性相關的身心健康及成長發展，係兒少生理、認知、情緒、人格和社會發展等身心整體發展的一環，以兒少性剝削之刑事處罰，抑制拍攝、製造而產出兒少色情物品永久紀錄被害兒少受虐待內容，避免對被害之個別兒少未來造成持續性傷害，並避免兒少色情物品刺激觀看者之性慾而可能實際傷害兒少之危險，預防兒少遭受性侵害、性剝削、性虐待或其他傷害，使兒少生理、認知、情緒、人格和社會發展等身心各面向得以在善良、安全、有利於兒少身心整體健全發展的家庭、學校、社會環境中整體健全平衡發展、平安順利成長為可獨立自主行使權利的主體<sup>36</sup>。

<sup>33</sup> 臺灣高等法院高雄分院 104 年度上訴字第 168 號刑事判決。

<sup>34</sup> 最高法院 113 年度台上字第 2162 號刑事判決、114 年度台上字第 60 號刑事判決。

<sup>35</sup> 兒童權利公約具體列舉兒童應享有的權利，包括：平等權、生存發展權、身分權、表意權、思想信仰自由、集會結社自由、隱私權、醫療保健(健康權)、社會福利、司法權益、親子關係之維繫、教育權、遊戲權、特別保護、免於非法移送、免於遭受疏忽虐待或其他不當對待、免於勞力及性剝削、免於藥物濫用、免於受略誘及人口販賣、免於戰爭。高玉泉、施慧玲，「第一章 兒童權利公約之歷史發展與台灣參與」，同註 12，兒童權利公約，頁 5。

<sup>36</sup> 「刑法有其重要的社會功能，……我們所見的刑法，只對人干涉與處罰，似乎刑法不提供什麼積極的社

實務見解有認為，本法第 36 條第 2 項保護法益為兒少身心健全發展，與刑法保障個人性行為之自決自由的妨害性自主罪章，及維護和性相關之社會倫理善良風俗的妨害風化罪章等法益有別<sup>37</sup>，亦有就本法第 36 條第 1 項之保護法益表示立法者認獲少年同意拍攝為性交行為之電子訊號應科處刑罰，其立法之目的、保護之法益，與妨害性自主罪尚屬有別，為保護未成年人身心健全發展之基本人權<sup>38</sup>。本案專家法律意見有認為，在兒少性剝削的脈絡下，由於兒少關於性事務的自主判斷能力尚未健全，且相對於成年行為人而言，兒少居於不對等權力地位的弱勢方，因此，無論利用型態為何，有無侵害兒少隱私、有無讓兒少知情在所不問，只要讓兒少涉及到與性有關的互動、利用，就會落入兒少性剝削的射程範圍當中。只要是與「兒少+性」有關，就會落入性剝削的範疇當中，兒少性剝削概念並非以兒少性的隱私受侵害為限<sup>39</sup>。比較法上，日本論者有認為「兒童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律」<sup>40</sup>處罰規定之保護法益不是日本刑法第 175 條散布猥褻物品罪及賣春防止法所保護之「維護健全的性風俗」社會法益，也不是強制性交罪及強制猥褻罪所保護的「性自主」個人法益，而是基於澈底保護兒童免受性剝削及性虐待，以保護兒童性與整體成長的權利之新概念<sup>41</sup>。

#### (四)本署對於爭點一的意見

本法第 36 條的保護法益為兒少身心健全發展之基本人權，其內涵是與兒少身心健康與成長發展有關之兒少各項自由、權利，包含性自主權、性隱私權、兒童權利公約針對兒少之特殊性具體列舉兒少應享有之特

---

會利益。事實上，干涉與處罰的終極結果，仍是提供某種社會利益。」林東茂，刑法總則，頁 9-10，一品文化出版社，107 年 5 月；「刑法之『保護功能』」就是刑法有保護法益不受犯罪侵害之功能。……法益保護的最終目的，不外乎社會生活秩序之維持，故刑法之功能亦應包含社會倫理之保護……並非所有受侵害之法益或有受侵害危險之法益皆受刑法之保護，而是必須有受到『脫離社會生活秩序之範圍且值得刑罰加以制裁』之侵害時，該法益才受保護，故刑法亦有維持社會倫理之功能。法益保護功能，可分為『一般預防功能』與『特別預防功能』……刑法是以刑罰為手段來保護法益，而達到維持社會秩序之目的。」陳子平，刑法總論，四版第 1 刷，頁 9-10、頁 12，元照出版有限公司，2017 年 9 月。

<sup>37</sup> 最高法院 114 年度台上字第 70 號刑事判決。

<sup>38</sup> 臺灣高等法院 111 年度上訴字第 4960 號刑事判決。

<sup>39</sup> 謝煜偉，本案法律意見書，頁 3、4、8。

<sup>40</sup> 簡稱：児童ポルノ禁止法，下稱：兒少色情物品禁止法。

<sup>41</sup> 清水 澄子，特集 1：「児童買春・児童ポルノ禁止法成立」と今後の課題，國際女性，13 卷，13 号，頁 96，1999 年。<https://doi.org/10.11216/kokusaijosei1988.13.93>

殊權利，與刑法第十六章妨害性自主罪、刑法第二十八章之一妨害性隱私罪之保護法益，未盡相同，應從本法第 36 條之保護法益內涵、立法本旨及脈絡與法規範體系出發而為該條構成要件之解釋。

## 二、爭點二

本法第 36 條相關處罰規定，是否限於：被害之兒少係於「性活動」過程中，因處於不對等之權力地位關係，或受違反本人意願之手段所迫，遭拍攝性影像或其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之相關產製物品，致個人私領域核心之「性隱私」遭受侵害，始足當之？

### (一)聯合國兒童權利公約、歷史解釋與文義解釋之觀點

「兒童權利公約」明定締約國應保護兒童不受到任何形式之身心暴力、傷害或虐待、疏忽或疏失、不當對待或剝削，包括性虐待。為此目的，應採取一切適當的國家、雙邊和多邊措施，以防止：(a)引誘或脅迫兒童從事任何非法性活動；(b)剝削的利用兒童從事賣淫或其他非法性行為；(C)剝削的利用兒童於色情表演及色情材料<sup>42</sup>。本法第 2 條第 1 項第 3 款之「拍攝、製造、重製、持有、散布、播送、交付、公然陳列、販賣或支付對價觀覽兒童或少年之性影像、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」行為，是兒童權利公約第 34 條(C)「剝削的利用兒童於色情表演及色情材料」之範疇，侵害兒少身心健全發展之基本人權，為「兒童權利公約關於買賣兒童、兒童賣淫和兒童色情製品問題的任擇議定書」認應按照罪行的嚴重程度以適當刑罰懲處之罪行，應受本法第 36 條之刑事處罰。

觀之兒少性交易條例立法資料可知，該條例於 84 年立法時，已考量兒少思慮、人格、身心發展未臻成熟，其「自願」亦非成年人「自願」可比，不應區分「自願」或「被賣」，皆有保護必要，亦未因刑法認為 16 歲以上之人已有性自主同意能力而將 16 歲以上之人排除於兒少性交易條例之保護範圍<sup>43</sup>。兒少性交易條例通過施行後，「自願」與「被迫」均

<sup>42</sup> CRC Article 34。

<sup>43</sup> 82 年 10 月 21 日印發之立法委員林志嘉等 49 人臨時提案立法院議案關係文書、82 年 12 月 14 日印發之立法委員黃昭順等 58 人臨時提案立法院議案關係文書、83 年 12 月 31 日印發之立法委員謝啟大等 30 人提案立法院議案關係文書，立法院法律系統，兒少性交易條例立法歷程。謝啟大委員於 84 年 3 月 15 日



1 採保護觀點，兒少不論其意願均應被視為被害人<sup>44</sup>。立法者不分被拍攝  
2 性影像之兒少「自願」、「被迫」、「知情」、「不知情」、「同意」  
3 <sup>45</sup>、「不同意」，均認有藉由對於「兒少性剝削」之刑事處罰保護兒少  
4 身心健全發展之必要。只要是對未滿 18 歲之人所為，都要加以處罰，  
5 以行為情節是否重大，認定是否加重處罰，以落實國家對於兒少權利之  
6 保護及照顧責任。為防制製造兒少色情產品永久紀錄對兒少之虐待，可  
7 能對於兒少未來造成之持續性傷害，並防制觀看兒童色情產品者經激  
8 起慾望後可能採取實際行動傷害兒童(防制兒少性侵害、性剝削、其他  
9 性虐待或傷害行為)，於兒少性交易條例第 27 條明定拍攝、製造兒少  
10 色情物品罪<sup>46</sup>。

11 104 年 2 月 4 日修正、106 年 1 月 1 日施行之本法立法時，即考量兒少  
12 之年齡、身心發展、智慮、經濟、社會身分、地位、權力各方面與成年  
13 人本即存在不平等關係而不對等<sup>47</sup>，於第 1 條明確揭槩「防制兒少遭受  
14 任何形式之性剝削，保護其身心健全發展」之立法目的，於第 2 條第 1  
15 項第 3 款明定拍攝、製造兒少為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、  
16 影帶、光碟、電子訊號或其他物品為兒少性剝削之範疇，延續兒少性交  
17 易條例第 4 章罰則之原立法架構，按本法第 2 條第 1 項各款兒少性剝

---

立法院第 2 屆第 5 會期內政及邊政、司法委員會第 6 次聯繫會議併案審查上開草案時之發言，立法院公報第 84 卷第 17 期 2774 號下冊，頁 166-167，立法院法律系統，兒少性交易條例立法歷程、立法紀錄。

<sup>44</sup> 李麗芬，論「兒少性交易」為何應正名為「兒少性剝削」，社區發展季刊，第 139 期，頁 283，101 年 9 月。

<sup>45</sup> 兒少性交易條例施行 20 年後，隨著色情產業型態的轉變，網際網路的發展，「被迫被賣」的少女看似變少了，故無論在執法面或保護面落入兒童「同意」的迷思中，而出現與立法本意斷裂及價值混淆的現象，因此來自民間修法的呼籲與行動 10 年來陸續不斷，以台灣展翅協會、婦女救援基金會、勵馨基金會為核心的兒少聯盟於 2013 年下半年提出民間修法版本，交由立法委員提出修正案，於 2015 年 1 月立法院通過本法。同註 12，頁 234、245、246。

<sup>46</sup> 96 年 7 月 4 日修正公布兒少性交易條例第 28 條增訂第 3 項之立法理由提到，處罰持有兒少色情物品，主要理由有三：兒少色情產品為對受害人虐待之永久紀錄，足以對其未來造成持續性傷害；兒少色情圖片對慾望的刺激是有關聯性的，觀看之後可能會採取實際的行動去傷害兒少；斬斷市場需求，抑制兒少色情製造。立法院法律系統，96 年 7 月 4 日修正公布之兒少性交易條例異動條文及理由。兒少性交易條例第 27 條於 84 年 8 月 11 日制定公布施行後，僅於 88 年 4 月 21 日配合刑法第 221 條等之修正，將原條文「姦淫」修改為「性交」，於 95 年 5 月 30 日配合刑法之修正，刪除原第 5 項有關常業犯之規定，第 6 項配合酌修文字，遞移為第 5 項，原第 7 項遞移為第 6 項，於 95 年 7 月 1 日施行，其餘內容並未修正。立法院法律系統，兒少性交易條例第 27 條之法條沿革。

<sup>47</sup> 102 年 11 月 27 日印發之立法委員吳宜臻等 22 人提案立法院議案關係文書、103 年 5 月 8 日印發之立法委員王育敏等 33 人提案立法院議案關係文書，立法院法律系統，104 年 2 月 4 日修正公布之本法立法歷程。103 年 12 月 11 日立法院第 8 屆第 6 會期司法及法制、社會福利及衛生環境兩委員會第 1 次聯繫會議併案審查上開草案時，王育敏委員、尤美女委員之發言，分別參立法院公報第 104 卷第 1 期 4200 號，頁 2-3、頁 31。立法院法律系統，104 年 2 月 4 日修正公布之本法立法歷程、立法紀錄。

1 削行為類型、行為情節重大之程度，而為法定刑輕重有別之層級化刑  
2 事處罰。兒少性交易條例第 27 條之條次移列至本法第 36 條，除修正  
3 「未滿十八歲之人」為「兒童或少年」，原條文第 1 項「錄影帶」修正  
4 為「影帶」，第 1 項、第 2 項及第 3 項增列「照片」，原條文第 3 項移  
5 列第 2 項，並增列「招募」、「容留」、「協助」，原條文第 2 項移列第 4  
6 項，文字修正為「意圖營利犯前三項之罪者，加重其刑二分之一」，為  
7 兼顧罰則衡平，將第 3 項之刑度比照第 33 條第 2 項之刑度提高為 7 年  
8 以上外，本法第 36 條其餘文字及規範架構與兒少性交易條例第 27 條  
9 別無差異<sup>48</sup>。嗣本法第 36 條僅修正兒少色情物品的內涵、修正增訂處  
10 罰樣態、提高法定刑<sup>49</sup>。本法第 2 條第 1 項第 3 款之法條文字，並未以  
11 行為人拍攝性影像之兒少「知情」、「同意」與否作為行為人是否該當  
12 該類「兒少性剝削」之構成要件，亦未明定限於被害之兒少係於「性活  
13 動」過程中，因處於不對等之權力地位關係，或受違反本人意願之手段  
14 所迫，遭拍攝性影像致侵害「性隱私」始受本法第 36 條之處罰。行為  
15 人「拍攝兒少性影像」，即為本法第 2 條第 1 項第 3 款之「兒少性剝削」  
16 行為範疇，皆受本法第 36 條之刑事處罰。

## 17 (二)實務見解、本案專家法律意見及比較法之見解

18 實務見解有認為，任何人對兒少所為本法第 36 條所列行為，均屬基於  
19 不對等權力關係而生，尚不因性活動本身係在兒少不知情之情形下所  
20 為，即認為該行為並非基於不對等權力關係而生，進而認為法律在此情  
21 形下即不保護兒少關於其不被拍攝性影像之權利<sup>50</sup>。亦有認為，為貫徹  
22 保護兒少免於從事任何非法之性活動之立法目的，所謂「性剝削」，應  
23 係「包含但不侷限」在有不對等權力地位關係下的壓榨意涵，……本法  
24 第 2 條第 1 項規定「本條例所稱兒童或少年性剝削」……且 112 年 2  
25 月 15 日修正公布上開第 3 款內容，修正理由……尚無一語提及或解釋  
26 尚必須「處在不對等權力地位關係下的壓榨意涵」<sup>51</sup>。本案專家法律意

<sup>48</sup> 立法院法律系統，104 年 2 月 4 日修正公布之本法，異動條文及理由。

<sup>49</sup> 立法院法律系統，106 年 11 月 29 日修正公布之本法，異動條文及理由。立法院法律系統，112 年 2 月 15 日修正公布之本法，異動條文及理由。

<sup>50</sup> 最高法院 113 年度台上字第 4499 號刑事判決。

<sup>51</sup> 臺灣高等法院 114 年度上訴字第 1416 號刑事判決。

<sup>52</sup> 謝煜偉，本案法律意見書，頁 8；李佳玟，本案法律意見書，頁 13-14。

<sup>53</sup> 美國聯邦最高法院 New York v. Feber, 458 U.S. 747(1982)判決認為，防止兒童性剝削和性侵害是極其重要的政府目的。兒童色情的製造本身已是對參演兒童之生理、感情和精神傷害的永恆紀錄，兒童色情的散布更是加劇了該兒童的傷害程度，因此，兒童色情的散布與兒童的性侵害兩者之間具有內在性的連結。為了有效消滅兒童色情的製造(亦即兒童性剝削的發生)，就必須同時透過刑罰根絕兒童色情的散布網絡。蘇慧婕，虛擬兒童色情物品的言論自由難題—美國聯邦最高法院相關判決評析，法官協會雜誌，第 16 卷，頁 173-175，2014 年 12 月。Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103(1990)判決認為，Ohio 州法庭處罰父母或監護人以外之人單純持有兒童色情之規定合憲，合憲性的理由為：(1)可有效撲滅兒童色情的市場需求；(2)可促使民眾廢棄兒童色情物品；(3)戀童者往往利用兒童色情引誘兒童從事性行為。同註 21，頁 44-45 及註 21。Osborne 判決認為兒童色情所造成的兒童權利侵害，並不侷限在參演兒童身上，政府也有權力防止戀童者利用兒童色情物品去引誘其他(非參演)兒童從事性行為，對於持有兒童色情物品行為的處罰，則是保障(非參演)兒童權利的正當手段。上開兩判決法院在真實兒童色情言論的限制上，採取了獨立於猥褻言論、純粹以兒童權利保障為斷的論證方式，而在正當手段的判定上，上開兩判決的多數意見都認為，兒童受害者權利保障的重大政府利益，足以正當化對真實兒童色情產業所有環節(包含販賣、廣告、觀看和單純持有)的全面禁絕。換言之，在兒童權利和言論自由的衡量上，兒童受害者的權利保障絕對優先於言論自由。同上註，蘇慧婕，頁 176-178。美國法典第 18 篇第 110 章「兒童性剝削及其他兒童虐待」第 2256 條明定，該章所稱「未成年人」指未滿 18 歲之人。(8)(B)規定「兒童色情作品」指在下列各款情況下，以電磁、機械或其他方式製作或生成的、包含攝影、電影、影片、圖像，或電腦及電腦生成的影像和影片等形式在內的，對於有明示性意涵之行為的視覺描述，且(A)利用未成年人從事具有明示性意涵之行為去進行該視覺描繪的製作；(B)該視覺描繪是未成年人從事具有明示性意涵之行為的數位影像、電腦影像或或難以分辨是否為此等影像的電腦生成影像；(C)經創作、改編或修改旨在呈現身分可識別的未成年人從事具有明示性意涵之行為；(3)規定「製作」指製作、導演、製造、發行、出版或廣告。第 2251 條「兒童性剝削」、第 2252 條「與涉及兒童性剝削物品有關的活動」、第 2252A 條「與構成或包含兒童色情物品有關的活動」之規定，對於為了散布、企圖或陰謀散布兒童色情物品而製作兒童性影像之人，處 15 年以上 30 年以下監禁，併科罰金，若前曾有犯本章、第 1591 條、第 71 章、第 109A 章或第 117 章，或根據《統一軍事司法法典》或任何州有關加重性虐待、性虐待、涉及未成年人或被監護人的虐待性之性接觸，或兒童性交易，或製作、持有、接收、郵寄、銷售、分發、裝運或運輸兒童色情製品法律被定罪之紀錄，處 25 年以上 50 年以下監禁，併科罰金，若前因犯妨害性自主罪、兒童性剝削的法律被定罪 2 次或 2 次以上，處至少 35 年監禁，得終身監禁。

<sup>54</sup> 1995 年聯邦刑法(1995 Criminal Act) 第 474.20 條規定，持有、控制、製作、供應或取得兒童色情物品，並透過傳輸服務使用兒童色情物品構成違反第 474.19 條使用傳輸服務傳輸兒童色情物品之犯行。刑罰：15 年監禁。維多利亞州 1958 年刑法 8D 章第 51A 條明定「兒童虐待物品」係指：(a)描繪或描述……(ii) 兒童、或看似兒童，或暗示為兒童的生殖器或肛門區域；或(iii)兒童、或看似兒童、或暗示為女孩的胸部區域；以及(b)理智的人會認為在當時情況下具有侵害性。第 51B 條「讓兒童參與製作兒童虐待物品」規定，故意讓兒童參與製作兒童虐待物品者，可處第五級監禁(最高 10 年)。行為人讓兒童參與製作物品的方式，包括利用兒童製作該材料。第 51C 條「製作兒童虐待物品」規定，故意製作兒童虐待物品者，可處第五級監禁(最高 10 年)。製作兒童虐待物品的方式包括拍攝、印刷、攝影、錄音、書寫、繪畫或以其他方式產生物品、修改或操縱、複製或抄襲物品。

<sup>55</sup> 德國刑法第 184b 條「散布、取得和持有兒童色情內容」、第 184c 條「散布、取得和持有少年色情內容」、184k 條「以錄相侵犯身體私密部位」、第 201a 條「以錄相侵害最私密的生活領域和人格權利」分別就拍攝性影像有關行為予以規範。

<sup>56</sup> 德國刑法第 184b 條並未針對兒童同意與否有所規定，不論兒童同意或不同意，均成立本罪。德國刑法第 184c 條同樣未言明少年是否同意，因此不論少年意願為何，均成立本罪，德國法完全未從被害人的意願設計相應規範。許恒達，隱匿不告知而攝錄兒少性影像的刑事論罪爭議：以兒童及少年性剝削防制條例第 36 條之解釋為中心，全國律師月刊，2025 年 12 月號，頁 92-93，全國律師月刊雜誌社，114 年 12 月 15 日。

<sup>57</sup> 為防止透過製作兒童不雅照片來剝削兒童，並對散布、展示和宣傳此類不雅照片的行為進行處罰，1978 年兒童保護法第 1 條明定，除 2003 年性犯罪法第 1A 及第 1B 另有規定外，拍攝、允許他人拍攝或製作兒童猥褻照片或非真實照片；散布或展示該等猥褻照片或非真實照片；持有該等猥褻照片或非真實照片、意圖供自己或他人傳播或展示；散布或促使散布可能被理解為傳達廣告商散布或展示該等猥褻照片或非真



1 拿大<sup>58</sup>、日本<sup>59</sup>等外國立法例，不分兒童「知情」、「同意」與否，均予處  
2 罰製作/製造兒童色情物品之加害人，未將拍攝兒少性影像之性剝削限  
3 於被害之兒少係於「性活動」過程中，因處於不對等之權力地位關係，  
4 或受違反本人意願之手段所迫，遭拍攝性影像或其他與性相關而客觀  
5 上足以引起性慾或羞恥之相關產製物品，致個人私領域核心之「性隱私」  
6 遭受侵害之情形。

### 7 (三)實務上採肯定說見解<sup>60</sup>之疑義

#### 8 1、將兒童權利公約第 34 條(a)態樣之「性活動」套用至第 34 條(c)「剝 9 削的利用兒童於色情表演及色情材料」態樣之「拍攝兒少性影像」，對 10 於兒童權利公約第 34 條性剝削態樣之涵攝有誤

11 兒童權利公約第 34 條要求締約國應承諾保護兒童免於一切形式的性剝  
12 削和性虐待。為此目的，締約國應採取一切適當的國家、雙邊和多邊措  
13 施防止(a)引誘或脅迫兒童從事任何非法性活動；(b)剝削的利用兒童  
14 從事賣淫或其他非法性行為；(C)剝削的利用兒童於色情表演及色情材  
15 料。「拍攝兒少性影像」係兒童權利公約第 34 條(c)「剝削的利用兒童  
16 於色情表演及色情材料」態樣，未必涉及「引誘或脅迫兒童從事任何非  
17 法性活動」。

---

實照片或意圖散布或展示該等猥褻照片或非真實照片的廣告之行為，均屬違法。第 6 條明定本法犯行可依公訴程序或簡易程序審理，依公訴程序審理者，可處 10 年以下監禁或科或併科罰金，依簡易程序審理者，可處 6 個月以下監禁，或科或併科[1980 年《治安法院法》第 32 條]規定之罰金（對可按兩種方式審理的罪行，按簡易程序定罪的處罰：1,000 英鎊或根據該法令替代的其他金額。）

<sup>58</sup> 1985 年刑法第 5 篇「性犯罪、公共道德(風化)、妨害秩序行為」「敗壞道德犯罪」章第 163 條規定，製作、印刷、出版、散布、傳輸或為出版、散布或傳輸目的持有任何淫穢文書、圖片、模型、唱片或任何其他猥褻物品，皆屬犯罪。第 163.1 條(2)明定，製作、印刷、出版或為出版目的持有任何兒童色情製品，均屬公訴罪，處 1 年以上 14 年以下監禁。

<sup>59</sup> 日本於 1999 年(平成 11 年)5 月 26 日制定兒童色情物品禁止法，並歷經 2004 年、2014 年兩次修正。日本實務見解認為，兒童色情物品禁止法第 7 條第 5 項之立法旨趣及過程係有鑑於偷拍兒童姿勢之兒童色情物品製造行為態樣之違法性高，而在同條第 3 項、第 4 項之外新增，擴大處罰對象製造兒童色情物品之範圍，另考量同條第 4 項、第 5 項兒童色情物品之保護法益及法定刑，偷拍兒童姿勢之兒童色情物品製造事實，即便該當同條第 4 項兒童色情物品製造罪，也成立同條第 5 項兒童色情物品製造罪(最高裁判所令和 6 年 5 月 21 日第三小法廷判決「令和 5 年(あ)第 1032 号 強制わいせつ、児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律違反、強制性交等未遂、強制性交等被告事件」)

<sup>60</sup> 最高法院 113 年度台上字第 2162 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 113 年度上訴字第 959 號刑事判決、臺灣新北地方法院 114 年度訴字第 392 號刑事判決、臺灣高雄地方法院 113 年度訴字第 573 號刑事判決、臺灣桃園地方法院 113 年度訴字第 846 號刑事判決、114 年度訴字第 40 號刑事判決。

2、將「性活動」作為本法第 36 條處罰之本法第 2 條第 1 項第 3 款兒少性剝削態樣之要件，係對司法院釋字第 623 號解釋之斷章取義

司法院釋字第 623 號解釋係於本法修正施行前，針對「兒少性交易條例第 29 條是否違憲」之爭點所為，從解釋文所述內容，至多只能認為大法官肯定「對兒少為性交易行為，係對兒少之性剝削」、「保護兒少免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權」、「國家應保護兒少之身心健康與健全成長」，在該號解釋無涉兒少性交易條例第 27 條及本法第 36 條、解釋文中亦未提及「拍攝兒少性影像」之情形下，實難確認解釋文所述非法「性活動」非僅指該號解釋爭議法條所涉「性交易」，遑論將「性活動」要件用來解釋「性交易」以外之其他性剝削態樣。

3、增加本法第 2 條第 1 項第 3 款所無之要件，與本法第 2 條第 1 項第 3 款之文義解釋及兒少性交易條例與本法之歷史解釋不符

本法第 2 條第 1 項第 3 款之法條文字，並未以行為人拍攝性影像之兒少「知情」、「同意」與否作為行為人是否該當該類「兒少性剝削」之構成要件，亦未明定限於被害之兒少係於「性活動」過程中，因處於不對等之權力地位關係，或受違反本人意願之手段所迫，遭拍攝性影像致侵害「性隱私」始受本法第 36 條之處罰。肯定說見解增加本法第 2 條第 1 項第 3 款所無之「於『性活動』過程中，因處於不對等之權力地位關係，或受違反本人意願之手段所迫」要件，與本法第 2 條第 1 項第 3 款之文義解釋不符，亦與立法本旨未合。

4、對各該具體個案被偷拍性影像之不知情兒少為差別待遇，並無正當理由，違反平等權/平等原則、兒童權利公約第 2 條禁止對兒少為不合理差別待遇之不歧視原則

對爭點二採肯定說之實務見解，有更增加本法第 2 條第 1 項第 3 款同樣沒有的「拍攝之非公開活動必須是『被害兒少個人或與被告等互動時之性活動過程<sup>61</sup>』或『被告給予指令或是彼此互動、交流後而發生<sup>62</sup>』」

<sup>61</sup> 臺灣高等法院臺中分院 113 年度上訴字第 959 號刑事判決、臺灣高雄地方法院 113 年度訴字第 573 號刑事判決。

<sup>62</sup> 臺灣新北地方法院 114 年度訴字第 392 號刑事判決。

要件，明顯限縮本法第 2 條第 1 項第 3 款及本法第 36 條之適用範圍，導致各該具體個案被拍攝性影像之兒少身心健全發展基本人權法益不受本法保護，對各該具體個案被偷拍性影像之不知情兒少為差別待遇，並無正當理由，不符憲法第 7 條平等權之保障及平等原則、兒童權利公約第 2 條禁止對兒少為不合理差別待遇之不歧視原則。

#### (四)本署對於爭點二採否定說

本法第 36 條相關處罰規定，不應限於：「被害之兒少係於『性活動』過程中，因處於不對等之權力地位關係，或受違反本人意願之手段所迫，遭拍攝性影像或其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之相關產製物品，致個人私領域核心之『性隱私』遭受侵害，始足當之。」

#### (五)性影像定義應回歸刑法第 10 條第 8 項之規定

##### 1、性影像不以性器裸露為必要

本法第 36 條第 1 項、第 3 項所稱之性影像（即條文之性影像、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），依照本法第 2 條的修正理由，係參考「刑法」修正條文第 10 條增訂第 8 項性影像之定義而來，指內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：「一、第 5 項第 1 款或第 2 款之行為。二、性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位。三、以身體或器物接觸前款部位，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。四、其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。」是文義上和解釋上並不以性活動過程中之影像為必要，已如前述。再者，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」文字上未要求必須完全暴露或裸露。就此，學理上亦有參考日本法認為，有關性的部位，雖然有貼身衣物所覆蓋，但如被強調或有誇張表現，縱使沒有露出，但足以激發或刺激性慾者，例如內衣的素材使性部位的形狀透明可見，此種特別露出或強調，且激發或刺激性慾者，亦有該當<sup>63</sup>。本案專家法律意見中，亦有明確指出性器外有衣物（內衣或內褲）包覆，仍該當「性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」，理由是立法者並未使用裸露或外觀可見性器這樣的文字，且內衣褲包覆之性

<sup>63</sup> 同前註 9，頁 46。謝煜偉，本案法律意見書，頁 7 以下，亦有日本法之相關說明。

器官仍應被包括在足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位內<sup>64</sup>，是此一問題之解釋，應該著重在該影像客觀上是否足以引起性慾或羞恥，而非性器是否完全露出一事。

此外，刑法第 10 條第 8 項的立法理由亦稱：「客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」指該身體隱私部位，依一般通常社會觀念足以引起性慾或羞恥而言，例如臀部、肛門等，均屬之。而實務上，其他常被認定為客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位之案例，包含女性胸部、大腿根部、大腿內側等，亦均屬之<sup>65</sup>。從而，捷運上或公共場所常見之偷拍裙底，雖然陰部等性器有內褲包覆，但行為人既係刻意針對陰部、臀部方向拍攝，而足以引起性慾和羞恥，且必然會拍得內褲無法包覆之臀部、大腿內側、大腿根部等隱私部位，依前開說明，應當然屬於製造性影像無疑。本案專家法律意見中，有兩位於結論上認同在捷運站偷拍兒少裙底，符合兒少性影像的概念者<sup>66</sup>。

## 2、兒少性影像之定義，無須另創標準

本案專家法律意見雖有認為，兒童性影像之認定，應有別於正在發育或已發育之人之影像，兒少進入青春前期以前（女生為 8 到 13 歲、9 到 14 歲），因尚未出現第二性徵，故無法與性慾或羞恥連結，此時，有關兒童性器官的攝錄，除非是故意特寫或模仿成人色情片或照片之方式為之，否則不應歸類為性影像<sup>67</sup>。本署認為上開見解之判斷標準欠缺正當理由，且有誤導之嫌，並不可採。

首先，上開見解究竟是針對未滿 12 歲兒童或未滿 18 歲之全體兒少，並不明確。再者，以第二性徵發育與否作為區分理由，不僅可能與兒童、少年 12 歲之法律界線不符，個案亦難有妥適認定的標準，比如 11 歲的國小女學生，是否已經進入青春前期？要以哪個性特徵的發展為準？胸部發育還是月經來潮？況且，倘上開專家意見係針對全體兒少（即未滿 18 歲）之性影像，是否就連 17 歲的女高中生被以針孔鏡頭

<sup>64</sup> 李佳玟，本案法律意見書，頁 13-14。

<sup>65</sup> 臺灣高等法院 114 年度上訴字第 2665 號刑事判決。

<sup>66</sup> 謝煜偉，本案法律意見書，頁 12；李佳玟，本案法律意見書，頁 13-14。

<sup>67</sup> 王皇玉，本案法律意見書，頁 7-8。



錄下洗澡期間全身赤裸的影像，也可能因為針孔是固定角度，未單獨針對性器官特寫，即不該當性影像？此種適用結果是否妥適？尤其，以第二性徵發育與否作為差別待遇之理由，實已直接悖離保護兒少身心健全發展基本人權法益之本法立法目的。因為，對於兒少身心健全發展最具危險性的族群，往往並非性偏好正常之人，而是所謂「戀童症」之人，此類族群對於性的偏好，本與正常人不同，他們根本不在意被害人是否進入青春期、是否已經發展第二性徵，事實上，往往更偏好將尚未發育、尚未進入青春期的兒少作為下手對象，藉以滿足其扭曲的心理需求<sup>68</sup>，上開專家法律意見顯然誤解兒少性剝削的真實情況，逕把最危險、最需要保護的對象，排除在本法的保護範圍之外，顯不可採。至於上開專家法律意見所提嬰兒洗澡等場景，涉及「足以引起性慾或羞恥」此一要件之適用，實務對此早已發展出穩定之判斷標準，本可從主、客觀等要素綜合判斷後加以排除，實無須於此另創標準，治絲益棼。

### 三、爭點三

以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，係屬本法第 36 條第 1 項或第 3 項之規範範圍？抑或應適用其他規定處罰？

#### (一)本法第 36 條第 1 項、第 3 項之解釋適用

##### 1、「未經兒少同意」之釋義

「未經兒少同意」，可進一步闡釋為自然意義上「沒有經過兒少表達同意之意見」的事實狀態<sup>69</sup>，至少包含「兒少已表達不同意之意見，仍違反兒少意見」、「兒少在睡眠中或失去意識而不能表達同意與否的意見」、「兒少處於不知情之狀態而無表達同意與否意見的機會」、「兒少因事發倉促未及反應而來不及表達同意與否之意見」、「兒少因欠缺完整意思表示之能力而未表達同意與否之意見」、「兒少未置可否」、

<sup>68</sup> 在 DSM-5-TR（即精神疾病診斷與統計手冊第 5 版修訂版）有關戀童症的診斷準則，第一個準則即為行為人：在至少 6 個月的時間內，反覆出現強烈的性幻想、性衝動或性行為，對象為青春期前的兒童（通常為 13 歲或以下），即為適例。高雄凱旋醫院更指出被女童吸引者常偏好 8 到 10 歲的女童，資訊出處請參：<https://ksph.kcg.gov.tw/1/walking01-43.pdf>

<sup>69</sup> 臺灣高等法院臺南分院 104 年度侵上訴字第 1048 號、104 年度侵上訴字第 1049 號刑事判決，該判決認為兒少之「同意」與否，自然意義與評價意義是分離的，可資認同。

「兒少遭行為人施以詐術陷於錯誤而為有瑕疵之同意意見表達」等事實狀態<sup>70</sup>。至於自然意義上「經兒少表達同意之意見」而存在「兒少同意」之事實狀態時，從兒少身心發展尚未完全成熟，未必具有形成完整自我意見之能力、未必能充分、自主地表達意願與作成同意決定<sup>71</sup>之觀點，仍具「未經兒少真摯同意<sup>72</sup>」內涵。

## 2、從文義解釋、歷史解釋及體系解釋之觀點，檢視本法第 36 條第 1 項、第 3 項之立法架構模式

### (1) 兒少性交易條例之文義、歷史及體系解釋

觀諸兒少性交易條例之立法資料及謝啟大委員於 84 年 3 月 15 日立法院第 2 屆第 5 會期內政及邊政、司法委員會第 6 次聯繫會議併案審查上開草案時就其所提「防制對兒童少年為性交易條例」草案罰則說明時之發言<sup>73</sup>可知，兒少性交易條例第四章罰則規定主要係從謝啟大委員等所提「防制對兒童少年為性交易條例」草案而來，係以「加害者行為態樣、行為情節重大程度」作為罰則規定之構成要件主軸。實務上有認為兒少性交易防制條例第 22 條第 1 項「與未滿 16 歲之人為性交易者，依刑法之規定處罰之」規定，法條本身並無「刑」之規定，屬於借刑立法之條款，而依刑法第 227 條相關規定處刑<sup>74</sup>，學說見解有認為第 22 條是與未成年人合意型性交易的處罰，兒少性交易條例第 23 條是分別針對三類第 22 條的前後階段接連行為，予以擴張處罰，包括前階段的「促成性交易」、「意圖營利促成性交易」及後階段的「收受性交易被害人」，原則上第 22 條及第 23 條主要集中在合意型的性交易，第 24 條則處罰

<sup>70</sup> 上述意見係受學者對「未獲同意」見解之啟發。蔡聖偉，臺灣刑法中保護性自主決定的制裁規範—現行法制的介紹以及未來修法的展望，月旦刑事法評論，第 3 期，頁 19，2016 年 12 月。

<sup>71</sup> 兒少本身是否能夠充分、自主地表達意願，往往不易判定，這尤其因為兒少本身應對社會關係的能力有限，究竟是否自主地作成同意之決定，其實相當不易判斷。同註 56，頁 93。

<sup>72</sup> 啟發自下列觀點：「性剝削雖然沒有一致公認的定義，但依筆者之見，大抵可歸納出以下三點特徵：1. 不對等的權力關係：剝削者利用經濟、社會或文化等其他形式的權力享有關係上的優勢地位，2. 無真摯之同意：被剝削者因恐懼、依賴或其他因素無法任意表達其意願，或其意願形成之基礎受到不當壓制或干涉，因此造成身體自主權或性自主權的侵害，3. 傷害性：對被剝削者造成直接或間接的身心、尊嚴及自主性的複合創傷。」謝煜偉，本案法律意見書，頁 2。

<sup>73</sup> 立法院公報第 84 卷第 17 期 2774 號下冊，頁 166-167，立法院法律系統，兒少性交易條例之立法歷程、立法紀錄。

<sup>74</sup> 最高法院 103 年台上字第 2331 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 102 年度上訴字第 1008 號刑事判決、臺灣高等法院 104 年度侵上訴字第 271 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 103 年度侵上訴字第 117 號刑事判決。



非合意型未成年人性交易參與者，第 25 條則仿造第 23 條的結構，擴張處罰促成行為(包括意圖實現性交易而買賣未成年人、媒介非合意性交易)以及後階段「收受被害人」的行為<sup>75</sup>。兒少性交易條例第 22 條、第 23 條與第 27 條第 1 項同無「經兒少同意」之法條文字，仍有認為兒少性交易條例第 22 條、第 23 條是與未成年人合意型性交易的處罰規定之見解，適足印證兒少性交易條例是鑑於兒少身心尚未發展完全，欠缺與成年人相同成熟程度之權利意識、意思能力、自主判斷及自主行使、主張權利之能力，不分兒少之年紀、意思能力、身心實際發展情形、有無形成自主決定之完整能力，即使自然意義上「經兒少表達同意之意見」，亦具「未經兒少真摯同意」之內涵，自然意義相同之兒少「表達同意之意見」與成年人「表達同意之意見」，在刑法評價上不具相同之阻卻構成要件或阻卻違法效力<sup>76</sup>，仍有對於利用兒少特殊性「經兒少表達同意之意見」而於「兒少同意」事實狀態下對兒少實施犯行之人予以刑事處罰之必要。

在「即使兒少同意也要處罰對兒少所為各類犯行」之法規範基本秩序下，將兒少性交易條例第 22 條、第 27 條第 1 項於立法體系上定位為各該犯罪類型的基本構成要件即一般處罰規定，處罰「經兒少表達同意之意見」而於「兒少同意」事實狀態下對兒少實施之各類犯行。兒少性交易條例第 24 條第 1 項、第 27 條第 4 項以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」為「手段/方法」客觀加重構成要件，而定較第 22 條、第 27 條第 1 項基本構成要件即一般處罰規定為重之法定刑。第 23 條第 1 項「引誘、容留、媒介、協助或以他法」、第 27 條第 3 項「引誘、媒介或以他法」以相類之「手段/方法」，對此類經兒少同意之「使未滿 18 歲之人為性交易」、「拍攝、製造未滿 18 歲之人為姦淫或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物

<sup>75</sup> 同註 24，頁 49-50。

<sup>76</sup> 臺灣高等法院臺南分院 104 年度侵上訴字第 1048 號、104 年度侵上訴字第 1049 號刑事判決認為，兒少之「同意（或不反對）」或承諾，不具阻卻行為人不法之效力。臺灣高等法院 111 年度上訴字第 4960 號刑事判決認為，立法者基於前開考量認獲少年同意拍攝為性交行為之電子訊號應科處刑罰，其立法之目的、保護之法益，與妨害性自主罪尚屬有別，為保護未成年人身心健全發展之基本人權，不容許未成年人自行放棄或處分，……尚難認少年就同意拍攝性交行為具有性自主決定權及資訊自決權，……未成年人 A 女雖同意被告拍攝二人之性交過程，然被告之行為侵害未成年人 A 女之「性隱私」及「性自主決定權」，尚難認有何阻卻構成要件或違法性事由。

品」加害者行為態樣，分別定居中之法定刑。第 25 條則以第 1 項為該類犯行之基本構成要件即一般處罰規定，處罰「經兒少表達同意之意見」而於「兒少同意」事實狀態下對兒少實施之該類犯行，第 2 項以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」為「手段/方法」客觀加重構成要件，而定較同條第 1 項為重之法定刑，第 3 項則對於為同條第 1 項、第 2 項行為之「媒介」，定較同條第 1 項為輕之法定刑。按加害者行為態樣、行為情節之重大程度，為輕重有別之層級化法定刑規範。認為兒少性交易條例第 27 條第 1 項、第 27 條第 3 項是「自主意思(願)型」、兒少性交易條例第 27 條第 4 項是「非自主意思(願)型」之實務見解<sup>77</sup>，符合兒少性交易條例立法歷程及體系觀察兒少性交易條例之整體立法規範架構模式<sup>78</sup>。

## (2) 本法延續兒少性交易條例之法規範體系，自應為相同解釋

兒少性交易條例 84 年立法後，民間團體無法接受該條例第 2 條定義性交易指有對價之性交或猥褻行為，因為有「對價」存在，事前談價、是否付款，故往往被理解為「你情我願」的行為，完全忽略兒少與成年人在年齡身分、經濟條件及社會地位等各方面之權力不平等關係，以致再次污名兒少，因而推動回歸兒童權利公約修正名稱為本法<sup>79</sup>。為符合兒童權利公約保護兒童免於從事色情表演或作為色情之題材，本法將兒少性交易條例第 27 條之行為態樣增列至第 2 條第 1 項第 2 款「利用兒少為性交、猥褻之行為，以供人觀覽」，並增列第 2 條第 1 項第 3 款「拍攝、製造兒少為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品」，分別以第 35 條、第 36 條處罰各該款兒少性剝削行為。實務上認為本法第 31 條第 1 項係由兒少性交易條例第 22 條第 1 項移列，僅屬條次之移列及單純修正「性交易」為「有對價之性交或猥褻行為」文字，無關乎犯罪構成要件及法定刑度之修正，屬於借刑之立法體例，而依刑法第 227 條相關規定處刑<sup>80</sup>。學說有認為，相較於前

<sup>77</sup> 臺灣高等法院臺南分院 104 年度侵上訴字第 1048 號、104 年度侵上訴字第 1049 號刑事判決。

<sup>78</sup> 本署認同此類實務見解之解釋脈絡，但考量兒少身心發展尚未完全成熟，未必具有形成完整自我意見之能力、未必能充分、自主地表達意願與作成同意決定，在「即使兒少同意也要處罰對兒少所為各類犯行」之兒少性交易條例法規範基本秩序下，避免發生兒少同意即不予處罰或以兒少主觀意願為構成要件之誤解，不採用此類實務見解使用之「自主意思(願)型」、「非自主意思(願)型」類型用語。

<sup>79</sup> 同註 44，頁 284-285。

<sup>80</sup> 臺灣高等法院 107 年度侵上更一字第 20 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 106 年原侵上訴字第 4 號

身的兒少性交易條例，本法的規制結構並未徹底地改絃易轍，反而沿用、修正了原有結構，原有兒少性交易條例的規範態樣，大致如實地保留在本法規範結構內，就形式文字部分，本法並沒有太多變革。本法第一大類性剝削涉及「對價之兒少性交或猥褻行為」規定大致沿用兒少性交易條例有關的管制方式，分別先接出合意型/非合意型的未成年人性交行為兩個次類行為：一、「合意型附對價之與未成年人性交猥褻罪及其擴張類型(包括前階段之促成行為/後階段之收受被害人)」(本法第 31 條、第 32 條)、二、「非合意型附對價之與未成年人性交猥褻罪及其擴張處罰類型(包括前階段之促成行為/後階段之收受被害人/結合犯暨結果加重犯)」(本法第 33 條、第 34 條、第 37 條)<sup>81</sup>。

本法第 31 條、第 32 條與本法第 36 條第 1 項同無「經兒少同意」之法條文字，仍有認為本法第 31 條、第 32 條是合意型附對價之與未成年人性交猥褻罪及其擴張類型處罰規定之見解，適足印證本法係延續兒少性交易條例第 4 章原立法架構及法規範基本秩序，自應為相同解釋，將第 31 條、第 35 條第 1 項、第 36 條第 1 項於立法體系上定位為各該犯罪類型的基本構成要件即一般處罰規定，處罰「經兒少表達同意之意見」而於「兒少同意」事實狀態下對兒少實施之各類犯行。本法第 33 條第 1 項「強暴、脅迫、恐嚇、監控、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之方法」、第 35 條第 2 項「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」、第 36 條第 3 項「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」以相類「手段/方法」為客觀加重構成要件，而定較第 31 條、第 35 條第 1 項、第 36 條第 1 項基本構成要件即一般處罰規定為重之法定刑，並將第 35 條第 3 項及第 36 條第 3 項之刑度皆比照第 33 條第 1 項之刑度提高為 7 年以上。第 32 條第 1 項「引誘、容留、招募、媒介、協助或以他法」、第 36 條第 2 項「招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法」以相類「手段/方法」，對於各該類型之加害者行為態樣，定居中之法定刑。至於從兒少性交易條例第 25 條移列之本法第 34 條，則修正「性交易」為「有對價之性交或猥褻行為」文字，仍以第 1 項為該犯罪類型之基本構成要件即一般處罰

---

刑事判決。

<sup>81</sup> 同註 24，頁 51-52。



規定，處罰「經兒少表達同意之意見」而於「兒少同意」事實狀態下對兒少實施之各該類犯行，第 2 項以「強暴、脅迫、恐嚇、監控、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之方法」為「手段/方法」客觀加重構成要件，而定較第 1 項基本構成要件即一般處罰規定為重之法定刑，第 3 項對於「媒介、交付、收受、運送、藏匿」各該條第 1 項、第 2 項被害人或使之隱避行為、第 4 項對於第 3 項交付、收受、運送、藏匿行為之「媒介」，定較同條第 1 項為輕之法定刑。按加害者行為態樣、行為情節重大程度，為輕重有別之層級化法定刑規範。認為本法第 36 條第 1 項屬基本規定，凡行為人於未滿 18 歲之人知情同意而為拍攝、製造性交或猥褻行為之性影像均屬之。倘行為人採行積極之手段，以招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，促成兒少合意被拍攝、製造性交或猥褻行為之性影像者，則合致於第 2 項之規定。惟若行為人採行之手段，已達強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法而為之者，則屬該條第 3 項之罪之實務見解<sup>82</sup>及認為拍攝、製造與散布兒少性交或猥褻等色情影像類型，其基本構成要件是本法第 36 條第 1 項規定，同條第 2 項是促成合意拍攝行為，第 3 項是促成非合意拍攝之學說見解<sup>83</sup>，符合本法立法歷程及體系觀察兒少性交易條例之整體立法規範架構模式<sup>84</sup>。

### 3、從不法內涵之觀點，為本法第 36 條第 3 項例示規定之比較

#### (1) 兒少之自我實現、自由意志與人性尊嚴應受尊重

立憲主義以個人主義為出發點，秉持人性尊嚴不可侵犯的原則，重視個人尊嚴的維護，個人之自由與生存自應受到保障。人性尊嚴是基本權利之核心<sup>85</sup>與基礎，基本權規定旨在使人性尊嚴<sup>86</sup>充分被尊重<sup>87</sup>。自我

<sup>82</sup> 最高法院 111 年度台上字第 1838 號刑事判決、113 年度台上字第 2621 號刑事判決、114 年度台上字第 959 號刑事判決、114 年度台上字第 60 號刑事判決。

<sup>83</sup> 同註 24，頁 61。

<sup>84</sup> 本署認同此類見解之解釋脈絡，但考量兒少身心發展尚未完全成熟，未必具有形成完整自我意見之能力、未必能充分、自主地表達意願與作成同意決定，在本法延續兒少性交易條例「即使兒少同意也要處罰兒少性剝削行為」之相同法規範基本秩序下，避免發生兒少合意即不予處罰或以兒少主觀意願為構成要件之誤解，不採用此類學說見解之類型用語。

<sup>85</sup> 同註 20，董保城、法治斌，頁 267。

<sup>86</sup> 性剝削具有對被剝削者造成直接或間接的身心、「尊嚴」及自主性的複合創傷之「傷害性」特徵。謝煜偉，本案法律意見書，頁 2。

<sup>87</sup> 李惠宗，憲法要義，七版第 6 刷，頁 84，元照出版有限公司，2018 年 10 月。

實現是基本權的本質<sup>88</sup>，人性尊嚴亦包含「人的自由意志應受尊重」之內涵<sup>89</sup>。在「兒童是人」、「兒童與成人平等享有人權」之全球共識與基本價值理念下，兒少之自我實現、自由意志與人性尊嚴應受尊重。

## (2) 兒少有表達意見之自由及防禦侵害基本權行為之自由

依聯合國「世界人權宣言」第 1 條闡示「所有人生而自由，在尊嚴和權利上一律平等、第 3 條明定所有人皆享有自由權之普世價值，自由權屬於人類的權利<sup>90</sup>，沒有理由排除兒少是此項權利的主體<sup>91</sup>。

### ① 兒少有表達意見之自由

兒童權利公約第 12 條至第 15 條等條文展現「兒童為基本人權保障主體，並具備自身想法與感受」的核心理念，兒童已由「被保護的客體」以及其最佳利益係由法院予以判定的對象蛻變為享有權利並得行使權利之權利主體。第 12 條兒童意見受考量的權利為協助達成前開目標的四項一般原則之一，其精神不僅具有貫穿整部公約之重要性，亦為解釋與落實公約其他條文所必須考量之原則性規範<sup>92</sup>。

兒童權利公約協商工作小組初期提出之草案條文沿革顯示，最後各國代表同意不以清單方式限縮第 12 條範圍，並於兒童得表示意見之事項前增加「所有(all)」一字，以確立兒童有權就影響其本身之「所有事項」自由表示其意見。公約制定者刻意排除將兒童有權表達意見之範圍侷限於特定清單之立法方式改而採行開放式條文文字，以確保兒童得於廣泛之事項中表達其意見。兒童權利委員會於 2009 年公布第 12 號一般性意見就兒童意見受考量的權利之內涵予以闡釋，開宗明義地指出「第 12 條係人權公約中一項特別的規範。本條涉及兒童的法律及社會地位—兒童一方面雖欠缺完整之自主性；但另一方面亦係權利之主體」。落實本條規範之首要課題為如何在兒童身心發展尚未完全成熟之際，兼顧其權利之主體性。兒童應被推定為有形成及表達自己意

<sup>88</sup> 自我實現的兩個本質要素是「自我決定」與「自我開展」為憲法上基本權規定所保障的本質。人的自我實現的保障，具有整合所有基本權的特性，而可做為所有基本權的本質。同註 20，許育典，頁 97-99。

<sup>89</sup> 「人性尊嚴」應具有兩個基本內涵：人的「主體性」、人的自由意志應受尊重。同註 87，頁 85-89。

<sup>90</sup> 人權，是人類與生俱來的權利，為構成人格的要素。同註 20，董保城、法治斌，頁 202。

<sup>91</sup> 同註 3，頁 114。

<sup>92</sup> 林沛君，「第六章 廣義表達意見之自由」，同註 12，兒童權利公約，頁 125-126。

見的能力，享有表示意見的權利，不應以兒童必須先證明自己具備該等能力作為本條保障之前提，亦不鼓勵各國對兒童是否「有形成其自己意見能力」設定年齡門檻，因為兒童自年幼時期即有形成意見的能力，國家應尊重兒童其他「非口語」的表達方式。所稱兒童「自由」表示意見權利的意涵，係指該等意見應免於操弄或不當影響，且確實為兒童「自身」、而非他人的意見<sup>93</sup>。

於兒童權利公約「兒童為基本人權保障主體，並具備自身想法與感受」之核心理念下，不能因為兒少身心發展尚未完全成熟，未必具有形成完整自我意見之能力、未必能充分、自主地表達意願與作成同意決定，即否定尊重兒少有對於涉及自己權利事項表達意見之自由。拍攝兒少性影像係與兒少「性」有關事項，兒少作為內涵包含性自主權、性隱私權之兒少身心健全發展基本人權的權利主體，與生俱來享有受該權利保障之資格，亦應尊重其對此涉及其自我實現、自由意志與人性尊嚴之基本權事項表達意見之自由。

## ② 兒少有防禦侵害基本權行為之自由

基本權不只有積極請求國家給付之作用，還有防禦侵害的消極作用。兒少身心發展未臻成熟，未必能判斷及明瞭具體基本權之意義及作用而具有獨立行使基本權之完整行為能力<sup>94</sup>，但不論兒少有無積極主張基本權的行為能力，均應保障其對於侵害基本權行為防禦之自由<sup>95</sup>。「拍攝兒少性影像」是對本法保護法益「兒少身心健全發展之基本人權」及為其內涵所包括之兒少性自主權、性隱私權之侵擾，兒少作為權利主體，雖不一定有獨立主張行使權利的能力，但在其能力範圍內仍有自我防禦權利侵害的可能，應保障兒少防禦侵害基本權行為之自由。

<sup>93</sup> 同前註，頁 129-130。

<sup>94</sup> 有關基本權利之權利能力、權利主體之行為能力，同註 20，董保城、法治斌，頁 203-207。

<sup>95</sup> 有關基本權的積極作用、消極作用，同註 20，董保城、法治斌，頁 186-190。有關基本權之防禦權功能，同註 87，頁 96；同註 20，許育典，頁 108。自由權的第一要義是：防禦、要求不得侵犯、賦予排除侵犯的權利。李建良，憲政主義與人權理論的移植與深耕——兼從形式平等與實質平等的語辨闡析比較憲法學方法論的諸課題，憲法解釋之理論與實務，第九輯，頁 17，李建良主編，中央研究院法律學研究所，法學專書(21)，2017 年 4 月。



1 (3) 本法第 36 條第 3 項例示規定皆具「不尊重兒少自我實現、自由意志與  
2 人性尊嚴，妨害兒少表達意見之自由及防禦侵害基本權行為之自由，未  
3 經兒少同意」不法內涵

4 對兒少直接施加物理力之「強暴」、對兒少以加惡害或危害之意思通知  
5 使之心生畏懼之「脅迫」，均具壓制兒少表達意見及防禦自由之本質，  
6 對兒少施以「藥劑」、「催眠術」則係使兒少失去表達意見及防禦能力而  
7 無法表達意見及防禦，對兒少施以「詐術」使其陷於錯誤而為有瑕疵之  
8 同意意見表達並不為防禦，皆具「不尊重兒少自我實現、自由意志與人  
9 性尊嚴，妨害兒少表達意見之自由及防禦侵害基本權行為之自由，未經  
10 兒少同意」之不法內涵。

11 (4) 本法第 36 條第 3 項例示規定之不法內涵較同條第 1 項、第 2 項重大，  
12 加重處罰始能實踐本法立法目的

13 本法第 36 條第 1 項至第 3 項皆係利用兒少身心發展未臻成熟、欠缺完  
14 整判斷能力、自主決定能力、與成年人存在不對等權力地位關係，將兒  
15 少當作性剝削客體之本法第 2 條第 1 項第 3 款「兒少性剝削」行為。  
16 本法第 36 條第 1 項係以「詢問兒少意見，經兒少同意」為之，本法第  
17 36 條第 2 項以「招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，經兒少同  
18 意」為之，均屬自然意義上「經兒少表達同意之意見」而於「兒少同意」  
19 之事實狀態下「未經兒少真摯同意」實施之兒少性剝削犯行。本法第 36  
20 條第 3 項「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術」例示規定，則屬「沒有  
21 經過兒少表達同意之意見」而於「未經兒少同意」事實狀態下實施之「兒  
22 少性剝削」犯行，「手段/方法」顯與本法第 36 條第 1 項、第 2 項不同，  
23 更具違背「兒童為基本人權保障主體，並具備自身想法與感受」核心理  
24 念、「不尊重兒少自我實現、自由意志與人性尊嚴，妨害兒少表達意見  
25 之自由及防禦侵害基本權行為之自由，未經兒少同意」之較重大不法內  
26 涵。

27 為落實聯合國兒童權利公約「兒童為基本人權保障主體，並具備自身想  
28 法與感受」核心理念，國家應保障兒少對於涉及自己權利事項表達意見  
29 與防禦基本權侵害行為的自由。對於本法第 36 條第 3 項之行為人加重

處罰，乃是國家對兒少之特別照顧保護義務之具體實現，唯有建立尊重兒少自我實現、自由意志與人性尊嚴之社會秩序與價值，始能確保兒少在善良、安全、受尊重的家庭、學校、社會環境中整體健全平衡發展，平安順利成長為具有同理心、尊重他人、可獨立自主行使權利的主體，實踐本法保護「兒少身心健全發展基本人權」法益之立法目的。

#### 4、從本法與刑法之體系解釋觀點，為本法第 36 條第 3 項「其他違反本人意願之方法」概括規定之比較

##### (1) 本法第 36 條第 3 項「其他違反本人意願之方法」之射程範圍大於刑法第 221 條第 1 項、第 224 條「其他違反其意願之方法」

刑法妨害性自主罪章是以「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」作為具侵害被害人實際選擇自由之刑法第 221 條第 1 項強制性交罪、刑法第 224 條強制猥褻罪規範類型，另以刑法第 225 條第 1 項、第 2 項「對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒」、第 229 條「以詐術使男女誤信為自己配偶，而聽從其為性交」之乘機、詐術性交或猥褻罪作為侵害被害人潛在選擇自由規範類型，以刑法第 221 條強制性交、刑法第 224 條強制猥褻罪相同刑度處罰之<sup>96</sup>，「以藥劑犯之」，則是強制性交罪、強制猥褻罪的加重構成要件之一，本法第 36 條第 3 項則併列具侵害被害人實際選擇自由內涵之「強暴、脅迫、催眠術」、具侵害被害人潛在選擇自由內涵之「詐術」、強制性交罪與強制猥褻罪加重構成要件之「藥劑」作為客觀加重構成要件例示規定，兩者之立法架構與規範模式顯然有別。對照本法第 36 條第 3 項例示規定內涵就同條項「其他違反本人意願之方法」概括規定為相應文義、體系解釋之結果，本法第 36 條第 3 項「其他違反本人意願之方法」應係「『強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術』以外，其他侵害被害人實際選擇自由或潛在選擇自由」之「手段/方法」，較刑法第 221 條第 1 項、第 224 條「其他違反其意願之方法」係「『強暴、脅迫、恐嚇、催眠術』以外之其他侵害被害人實際選擇自由」之射程範圍為大。

<sup>96</sup> 同註 70，頁 7-12。

(2) 本法第 36 條第 3 項「其他違反本人意願之方法」之射程範圍大於刑法第 319 條之 2 第 1 項「其他違反本人意願之方法」

觀諸刑法第 319 條之 1 及第 319 條之 2 規定立法理由可知，刑法第 28 章之 1 妨害性隱私罪之保護法益為性隱私權，刑法第 319 條之 1 第 1 項係處罰「未經他人同意<sup>97</sup>」無故以照相、錄影、電磁紀錄或其他科技方法攝錄其性影像妨害性隱私自主決定之基本構成要件即一般處罰規定，表彰「未經他人同意攝錄他人性影像之行為應予處罰」的法規範基本秩序，刑法第 319 條之 2 第 1 項則是以行為人對他人以「強暴、脅迫、恐嚇或其他違反本人意願之方法」攝錄其性影像或使其本人攝錄之加重處罰規定。刑法妨害性隱私罪之保護法益與本法第 36 條保護兒少身心健全發展之基本人權法益不同，刑法妨害性隱私罪之規範體系亦與本法第 36 條於「即使兒少同意也要處罰兒少性剝削行為」之法規範基本秩序下，以第 1 項為基本構成要件之一般處罰規定，處罰「經兒少表達同意之意見」而於「兒少同意」事實狀態下實施之兒少性剝削行為，以第 3 項處罰「沒有經兒少表達同意之意見」而於「未經兒少同意」事實狀態實施之兒少性剝削行為，並不相同。兩者之立法架構與規範模式顯然有別。

刑法第 319 條之 2 第 1 項例示之「強暴」、「脅迫」，均具壓制被害人自主決定意思之性質，被施以強暴、脅迫之被害人面臨立即的利害抉擇或甚至沒有選擇的機會而完全喪失或嚴重壓抑其自主決定意思，「恐嚇」則是致被害人心生畏懼，被害人雖還有選擇空間，但因畏懼而影響其自主決定意思，具「壓抑或影響被害人性隱私自主決定意思達同意或配合拍攝或被拍攝性影像程度」之特徵。本法第 36 條第 3 項除例示「強暴、脅迫」外，亦例示導致被害人不能或不知而未表示同意或反對意見之「藥劑」、「催眠術」、導致被害人陷於錯誤而同意之「詐術」，與刑法第 319 條之 2 第 1 項僅例示「壓抑或影響被害人性隱私自主決

<sup>97</sup> 刑法第 319 條之 1 未經他人同意無故攝錄他人性影像罪，所稱之「同意」，從刑法得被害人承諾之法理來看，必須被害人對於自己個人法益之放棄實際上具有識別能力、判斷能力，學說上亦稱為「承諾能力」；此外，刑法觀點下的「承諾能力」，固然不以成年為必要，惟倘若被害人為兒少，且可以認定其「實際上」具有承諾能力，即便如此，得其同意而拍攝性影像，仍應構成本法第 36 條第 1 項之拍攝兒少性影像罪，或可能構成第 2 項之引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒少被拍攝、自行拍攝性影像等犯罪。王皇玉，「性隱私與不實性影像之刑法規制」，月旦法學雜誌，第 357 期，頁 129-130，114 年 2 月。

定意思達同意或配合拍攝或被拍攝性影像程度」之「強暴、脅迫、恐嚇」，顯然不同，對照本法第 36 條第 3 項例示規定內涵就同條項「其他違反本人意願之方法」概括規定為相應文義、體系解釋之結果，本法第 36 條第 3 項「其他違反本人意願之方法」，應較刑法第 319 條之 2 第 1 項「其他違反本人意願之方法」之射程範圍為大。

## 5、本法第 36 條第 3 項「其他違反本人意願之方法」之文義解釋

文義解釋是法律解釋的起點，也是法律解釋的終點。法律解釋始於文義，解釋應先從文義出發，縱有多種解釋可能，也不應超越文義。而所謂文義無非係立法者表現於法條文字之客觀意思。例示規定中列舉之事項，係從概括規定範圍內抽出，故概括規定之事項必與例示規定事項性質相類，概括規定部分，必有能概括全部事項之文句<sup>98</sup>。例示規定之後，所為之概括規定，其性質不得與例示規定有異(須相同、相類)<sup>99</sup>。

本法第 36 條第 3 項「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術」客觀加重構成要件例示規定之後的「其他違反本人意願之方法」概括規定，應與例示規定具「違背『兒童為基本人權保障主體，並具備自身想法與感受』之核心理念，不尊重兒少自我實現、自由意志與人性尊嚴，妨害兒少表達意見之自由及防禦侵害基本權行為之自由，未經兒少同意」相同或相類程度之不法內涵，始符立法者將該概括規定與「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術」例示規定併列為同條項「手段/方法」客觀加重構成要件定較重法定刑之立法本旨。

從本法第 36 條第 3 項例示規定不限於「強暴」、「脅迫」，包含「詐術」來看，與立法在前的刑法妨害性自主罪章第 221 條第 1 項及第 224 條、立法在後的刑法妨害性隱私及不實影像罪章第 319 之 2 條第 1 項例示規定皆不包含「詐術」，顯有差異。「詐術」並非剝奪或壓制他人的意思自由，而僅是在他人意思形成過程中提供錯誤資訊，使他人做出錯誤判斷，與利用物理的力量、心理的恐懼，乃至於以藥物、特殊技術方式剝奪或壓制他人意思自由，使他人喪失意思自由或被迫屈從的「強暴、脅迫、藥劑、催眠術」是完全不同的「手段/方法」，堪認立法者有刻意

<sup>98</sup> 司法院釋字第 173 號解釋，姚瑞光大法官不同意見書一，「三、關於例示規定」。

<sup>99</sup> 姚瑞光，淺論立法技術與法律常識，司法新聲，第 98 期，頁 6-7，100 年 4 月。



做出區別。在此立法模式之關鍵差異下，同採「例示-概括」法條結構之本法第 36 條第 3 項，其「其他違反本人意願之方法」概括規定之文義解釋，自須包含與詐術相當之其他不正行為在內，方能認與立法者顯示於外之意思相符，無法逕與刑法第 221 條第 1 項、第 224 條「其他違反其意願之方法」及刑法第 319 條之 2 第 1 項「其他違反本人意願之方法」做相同解釋。

由於本法與刑法妨害性自主罪、妨害性隱私罪具有保護對象與法益之根本不同，考量兒少身心發展尚未完全成熟，未必具有足夠理解和判斷能力對涉及自己身體、隱私等權利事項形成完整自我意見、做成正確同意決定並自主表達，在「即使兒少同意也要處罰兒少性剝削行為」法規範基本秩序下，本法第 36 條第 1 項處罰「經兒少表達同意之意見」而存在「經兒少同意」事實狀態的兒少性剝削行為，但若「經兒少同意」的事實狀態是因為行為人對兒少施用詐術提供錯誤資訊污染造成，便升高了行為「手段/方法」的不法程度，僅以本法第 36 條第 1 項處罰，不足以充分評價此類行為之不法內涵，而須與「強暴、脅迫、藥劑、催眠術」同列「未經兒少同意」之「手段/方法」，藉由本法第 36 條第 3 項之客觀加重構成要件加重處罰，此乃立法者將「詐術」與「強暴、脅迫、藥劑、催眠術」併列本法第 36 條第 3 項例示規定之原因。

回歸本法第 36 條第 3 項不法內涵及立法者本意而為本法第 36 條第 3 項「其他違反本人意願之方法」之文義解釋，係指「強暴、脅迫、藥劑、催眠術」以外，其他「未經兒少同意」之「手段/方法」，不僅沒有違反法律明確性原則，反而更加貼合一般民眾對於「違反本人意願之方法」的字面理解，否定說所謂違反罪刑明確性，並不可採。

## (二)本署對於爭點三的意見

### 1、依照社會上一般人對文字的通常理解，以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，是「未經兒少同意」拍攝其性影像的一種行為態樣

依照社會上一般人對文字的通常理解，可以更白話地解釋「偷拍」之文義為：「偷偷(摸摸)地拍攝」，據此文義進一步具體化「偷拍」行為內涵為：「只有行為人知道要拍攝，行為人『刻意不問被拍攝對象意見而剝

奪其表達同意與否意見的機會』，並採取『讓被拍攝對象在行為人拍攝當下無法發現遭拍攝之事而無法自由表達同意與否意見及自由防禦侵害基本權行為』的『手段/方法』，於被拍攝對象不知情之情形下，未經被拍攝對象同意而拍攝」。

以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，係屬「兒少處於不知情之狀態而無表達同意與否意見的機會」之「未經兒少同意」拍攝其性影像<sup>100</sup>「手段/方法」態樣，具體內涵為：「只有行為人知道要拍攝，行為人『刻意不問兒少意見而剝奪其表達同意與否意見的機會』，並採取『讓兒少在行為人拍攝當下無法發現遭拍攝之事而無法自由表達同意與否意見及自由防禦侵害基本權行為』的『手段/方法』，於兒少不知情之情形下，未經兒少同意而拍攝」。

## 2、以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像，已「妨礙兒少意思自由」，該當本法第 36 條第 3 項「以其他違反本人意願之方法」之構成要件

### (1) 兒少被偷拍當下並不知情，已被剝奪及妨礙表達意見之機會

以偷拍方式，拍攝不知情之兒少性影像，係以「只有行為人知道要拍攝，行為人『刻意不問兒少意見而剝奪其表達同意與否意見的機會』，並採取『讓兒少在行為人拍攝當下無法發現遭拍攝之事而無法自由表達同意與否意見及自由防禦侵害基本權行為』」之「手段/方法」，未經兒少同意<sup>101</sup>拍攝其性影像。兒少因於被拍攝性影像當下處於不知情之狀態，無法對於被拍攝性影像之涉己權利事項表達同意與否之意見並對該侵害基本權之行為自由防禦，剝奪兒少自由表達意見與自由防禦基本權侵害的機會，與本法第 36 條第 1 項、第 2 項「經兒少同意」之「手段/方法」與不法內涵均顯不相同，與本法第 36 條第 3 項例示之「藥劑」、「催眠術」具「導致兒少不能或不知而未表達同意與否之意見，已『妨礙兒少意思自由』」之類似特徵，與「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術」具「違背『兒童為基本人權保障主體，並具備自身想法與感受』核

<sup>100</sup> 臺灣高等法院 114 年度上訴字第 2415 號刑事判決認為，「偷拍」是「趁人不知而未經同意」的行為方法。

<sup>101</sup> 臺灣高等法院高雄分院 114 年度上訴字第 25 號刑事判決認為，本法第 36 條第 3 項所定「其他違反本人意願之方法」之要件，既因考量彌補兒童及少年自我保護能力不足而包括未得兒童及少年同意之偷拍、偷錄行為，於未得兒童及少年同意之無故重製行為自應在本法第 36 條第 3 項之規範範圍內。



心理念」、「兒童為基本人權保障主體，並具備自身想法與感受」核心理念、「不尊重兒少自我實現、自由意志與人性尊嚴，妨害兒少表達意見之自由及防禦侵害基本權行為之自由，未經兒少同意」之相同不法內涵，係本法第 36 條第 3 項「以其他違反本人意願之方法」概括規定之範疇，為本法第 36 條第 3 項之規範範圍，該當本法第 36 條第 3 項之構成要件。

## (2) 偷拍方式類同例示規定之「詐術」態樣

從本法第 36 條第 3 項例示規定不限於「強暴」、「脅迫」，尚包含「詐術」來看，如果立法者認為以「詐術」「經兒少為有瑕疵同意之意見表達」必須以本法第 36 條第 3 項加重處罰，那麼同樣不尊重兒少自我實現、自由意志與人性尊嚴，直接無視兒少之表達意見自由及防禦基本權侵害自由，未經兒少同意，逕自拍攝兒少性影像、侵害強度更高的偷拍行為，實在沒有理由不在本法第 36 條第 3 項「其他違反本人意願之方法」的概括規定範圍。現實生活一般「偷拍」他人性影像的場景，與「詐術」不容易區別，不論是在住家浴室或廁所安裝針孔鏡頭偷拍兒少洗澡畫面、在學校或公共場所公廁安裝針孔鏡頭偷拍兒少如廁畫面、跟視訊網交兒少謊稱不會錄影卻私下開啟攝錄功能錄下雙方性交影像，甚或持用手機在公共場所趁機偷拍少女裙底性影像，實際上都會使用同樣也提供了錯誤訊息、類似「詐術」的「隱匿」或「偽裝」「手段/方法」（例如：在一般人皆認為關上門就可以安全隱密地沐浴、如廁的浴室、廁所，把針孔鏡頭等攝錄設備裝入馬桶刷或該場所通常會存在的物品、設備中藏匿、偽裝，讓不知情的特定人或不特定人進入浴室沐浴或廁所如廁時無法發現這些攝錄設備的存在而遭拍攝性影像，與獵人在動物生存的森林中將獵捕陷阱設置於該環境原即存在的樹木、草堆而藏匿、偽裝，讓不知情的獵物落入陷阱而遭獵捕，具相類似的情境意涵。又例如：在一般人日常生活購物的商店、自由行動可能經過的公車站、捷運站或其他公共場所、搭乘的大眾交通工具上，利用手機普及、人手一機之社會常態、人潮擁擠之客觀環境、專注走路或選購物品無暇注意身旁人事物之情境，偽裝成正常持有手機的一般人，混入人群中手持開啟錄影或照相功能的手機趁機拍攝兒少裙底性影像，與獵人手持獵捕工具

1 躲在森林樹叢、草叢隱蔽處所隨機選擇容易獵捕之獵物經過時獵捕之，  
2 具相類似的情境意涵)，讓兒少在行為人拍攝當下無法發現遭拍攝之事  
3 而無法自由表達同意與否意見，並誤認行為人拍攝其性影像當下和兒  
4 少日常生活沒有兩樣、一切安全，殊不知已在完全無警覺、沒有任何機  
5 會自由防禦的情形下被拍攝性影像而遭受法益侵害。於「詐術」下，兒  
6 少至少還有表達同意之機會，只不過其同意是陷於錯誤而為瑕疵意見  
7 表達，但「偷拍」是讓兒少在完全不知情的情形下連表達意見的機會都  
8 沒有，顯已妨礙兒少意思自由，立法者既選擇於本法第 36 條第 3 項法  
9 條文字將「詐術」列入例示規定加重處罰，基於等者等之的平等原則法  
10 理，現實犯罪情境類似「詐術」且侵害保護法益強度、不法內涵更高的  
11 偷拍行為，文義解釋上當然應屬本法第 36 條第 3 項「其他違反本人意  
12 願之方法」客觀加重構成要件之規範範圍。

13 論者有以本法第 36 條第 1 項並無「兒少知情同意」文字為理由，認為  
14 將該條項限於處罰「兒少知情同意」之行為，是任意限縮解釋該條項之  
15 適用，擴張解釋第 36 條第 3 項規定的可罰行為範圍，而認偷拍兒少性  
16 影像應適用本法第 36 條第 1 項之見解。惟按「偷拍兒少性影像」與「拍  
17 攝知情同意之兒少性影像」不法內涵顯然不同，復未具體說明將「偷拍  
18 兒少性影像」與「拍攝知情同意之兒少性影像」同樣適用本法第 36 條  
19 第 1 項作相同法律評價予以處罰是否具正當性及合理性，實非無疑。

### 20 (3) 偷拍造成之損害未必亞於遭強暴、脅迫之例示情形

21 前述所舉在住家浴室或廁所安裝針孔鏡頭偷拍兒少洗澡畫面之例、在  
22 公廁、商店、公車站、捷運站或其他公共場所、大眾交通工具偷拍態樣  
23 之例，都是在一般人咸認關上門就可以安全隱密地沐浴或如廁而有合  
24 理隱私期待之場所，因為是採取隱匿、偽裝、偷偷摸摸地裝置攝錄設備  
25 之「手段/方法」拍攝，被害人不易察覺，於住家浴室或廁所偷拍之情  
26 形，被害人警覺心更低，十分容易在相同場所長期攝錄取得大量相同被  
27 害人之性影像，在公廁、商店、公車站、捷運站或其他公共場所、大眾  
28 交通工具等特定多數人或不特定人可能出入場所偷拍，通常會在相同  
29 之地點、於密接之時間，攝錄取得大量不同被害人之性影像，可能不只  
30 侵害一位而是諸多兒少受本法保護的身心健全發展基本人權法益、更

可能也侵害其他諸多成年人的性隱私權，具體個案犯罪結果之不法內涵重大程度，未必亞於對特定被害人以「強暴、脅迫、藥劑、催眠術」拍攝性影像之情形。從犯罪結構層面來看，以前述偷拍態樣可能取得大量兒少性影像而成為兒少性影像產業鏈的源頭和供應者，由於電磁紀錄容易保存、複製，以及網路技術無遠弗屆、極易散布的特性，一旦兒少不幸遭他人偷拍性影像留下永久電磁記錄而發生侵害，侵害結果便難以澈底除去，這些兒少性影像可能馬上就透過網路傳播，被散布到世界的任何一個角落，放入他人電腦螢幕上的商品清單，淪為兒少性影像產業鏈的交易標的，更無法排除偷拍取得之兒少性影像遭人作為其他犯罪之用，或遭他人散布、遭不法集團用以營利壯大兒少色情產業鏈之可能，法益侵害之輻射程度實難預期，此亦係立法者制定本法時採重刑之故。

### 3、偷拍兒少性影像適用本法第 36 條第 3 項，與本法施行前、後之最高法院多數見解一致

本法施行前、後，最高法院多數見解認為應由保護兒少之角度，解釋兒少性交易條例第 27 條第 4 項、本法第 36 條第 3 項「違反本人意願之方法」之意涵，即凡兒少被人拍攝性交或猥褻等色情影像之當下，係因行為人刻意隱匿或不告知其事先已架設之錄影器材，使該兒少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，乃剝奪兒少是否同意被拍攝性交或猥褻行為影片之選擇自由。再依一般社會健全觀念以及法律對於兒少身心健康發展應特別加以保護之觀點而言，以隱匿而不告知之方式偷拍或竊錄兒少性交或猥褻行為之影片，顯然具有妨礙兒少意思自由之作用，就其結果而言，無異壓抑兒少之意願，而使其等形同被迫而遭受偷拍性交或猥褻行為影片之結果，亦應認屬違反本人意願之方法<sup>102</sup>。兒少性交易條例第 27 條第 4 項、本法第 36 條第 3 項規定所指「違反本人意願之方法」，係指該條所列舉之強暴、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，且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

<sup>102</sup> 最高法院 107 年度台上字第 1133 號刑事判決、109 年度台上字第 624 號刑事判決、109 年度台上字第 3592 號刑事判決、110 年度台上字第 3486 號刑事判決、111 年度台上字第 1838 號刑事判決、111 年度台上字第 2601 號刑事判決、111 年度台上字第 3725 號刑事判決、114 年度台上字第 60 號刑事判決。



要，祇要其所為具有壓制或妨礙被害人意思自由之作用者，即合於「違反本人意願之方法」之要件<sup>103</sup>。

#### 四、爭點四、爭點五

本件提案法律見解之討論，是否因行為地點(是否係公共空間)、行為人與兒少被害人之關係(是否熟識)、拍攝時間短暫與否，而有不同？前述法律之解釋適用，應否考慮兒少意思能力或年紀？例如被害人兒少未滿7歲者，結論有無不同？若採取否定說，與最高法院99年度第7次刑事庭會議決議之結論有無衝突？

##### (一)否定說符合平等原則與不歧視原則，本案專家法律意見亦有採否定說

兒童是人，因此兒童應該與成人平等享有人權，所謂「平等」，在憲法上的詮釋為「等者等之，不等者不等之」。這在兒童權利的維護上有二個層面的意義：恣意歧視的禁止與特別保護，法律不能因兒童的年齡或其他能力因素而歧視兒童，任何對於兒童權益或法律行為能力的限制，都必須具備實質正當性<sup>104</sup>。兒童權利公約第2條規定之不歧視原則，是履行整個兒童權利公約中其他權利的基本原則，公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約也強調平等權與不歧視原則的重要性，不歧視原則已是普世的原則，從兒童權利公約第2條第1項規定可知，每位兒童均不得因任何差別，而無法享有相關兒童權利<sup>105</sup>。

兒少在不知情之情形下遭偷拍性影像，就行為人「偷拍之地點(是否係公共空間)」、「拍攝時間長短」皆無任何支配掌控之可能，又行為人與兒少被害人之關係(是否熟識)，則是兒少生活所在之家庭、學校、社會環境本即存在的身分與人際因素，亦不是欠缺獨立生活能力之兒少所能支配掌控之事項。至於兒少之年紀，是其出生後隨著時間形成的既存事實狀態，兒少之意思能力則與其生理、心理、認知、人格等身心整體

<sup>103</sup> 最高法院107年度台上字第1133號刑事判決、109年度台上字第624號刑事判決、109年度台上字第3592號刑事判決、110年度台上字第3486號刑事判決、111年度台上字第1838號刑事判決、111年度台上字第2601號刑事判決、111年度台上字第3007號刑事判決、111年度台上字第3725號刑事判決、113年度台上字第2165號刑事判決、113年度台上字第2621號刑事判決、114年度台上字第60號刑事判決、114年度台上字第959號刑事判決。

<sup>104</sup> 同註35，頁19-20。

<sup>105</sup> 廖宗聖，「第三章 兒童權利公約的主體、履行、重要原則及我國相關規範」，同註12，兒童權利公約，頁62-63。



發展情形有關，亦均非兒少所能支配掌控者。兒少是本法之保護對象，兒少遭行為人拍攝性影像，即為本法兒少性剝削之被害人，縱使是在兒少同意之情形拍攝其性影像，行為人仍應受本法第 36 條第 1 項之刑事處罰。在不知情之情形下遭偷拍性影像之兒少，不論是在何地點(是否係公共空間)遭偷拍、行為人與兒少被害人之關係(是否熟識)、拍攝時間短暫與否、亦不論兒少被害人之意思能力、年紀未滿 7 歲或 7 歲以上未滿 18 歲，均係遭受本法第 2 條第 1 項第 3 款兒少性剝削之被害人，同有應受保護之「身心健全發展基本人權」法益被侵害，且行為人均係以「只有行為人知道要拍攝，行為人『刻意不問兒少意見而剝奪其表達同意與否意見的機會』，並採取『讓兒少在行為人拍攝當下無法發現遭拍攝之事而無法自由表達同意與否意見及自由防禦基本權侵害行為』，未經兒少同意」之「手段/方法」，兒少因於被拍攝性影像當下處於不知被拍攝之狀態，無法對於被拍攝性影像之涉己權利事項表達同意與否之意見並對該侵害基本權之行為自由防禦，剝奪兒少自由表達意見與自由防禦基本權侵害的機會，均違背「兒童為基本人權保障主體，並具備自身想法與感受」核心理念，同具「不尊重兒少自我實現、自由意志與人性尊嚴，妨害兒少表達意見之自由及防禦侵害基本權行為之自由，未經兒少同意」之情節較重不法內涵，本應對於同樣以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝其性影像之行為人是否該當本法第 2 條第 1 項第 3 款、本法第 36 條第 3 項構成要件，為相同之法律解釋適用，始符平等原則。兒少年紀、意思能力、身心實際發展情形、有無形成自主決定之完整能力、在何地點(是否係公共空間)遭偷拍、行為人與兒少被害人之關係(是否熟識)、拍攝時間短暫與否，皆無做為以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝性影像是否該當本法第 36 條第 3 項構成要件判斷要素之正當理由。本案專家法律意見對於爭點四亦有採否定說之見解<sup>106</sup>，對於爭點五則皆採否定說，認應從體系解釋認為最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議決議的射程範圍僅限於刑法妨害性自主罪章，本法規範目的亦與妨害性自主罪章不同，因此仍保有獨自解釋的空間<sup>107</sup>；兩種犯罪型態不同，保護法益不同，將最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議決議要

<sup>106</sup> 謝煜偉，本案法律意見書，頁 12；李佳玟，本案法律意見書，頁 15-16。

<sup>107</sup> 謝煜偉，本案法律意見書，頁 13。

旨直接套用在第 36 條之解釋上，非常不當<sup>108</sup>；該號決議是針對刑法妨害性自主罪章法條的適用，本法第 36 條有自己的構成要件，可以有自己的處理方式<sup>109</sup>。

(二)否定說符合刑法妨害性自主罪章「尊重被害人意願及決定自由」及最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議決議保護兒少之精神，與該決議結論並無衝突

最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議決議從兒童權利公約、公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約保護兒少的角度解釋「違反被害人意願之方法」之意涵，以「被害人之年齡」作為認定被害人有無與行為人「合意」性交「意思能力」之判斷標準，認為未滿 7 歲之人無民法上的行為能力而將未滿 7 歲之人概作無意思能力處理，認為未滿 7 歲之人並無與行為人為性交合意之意思能力，與未滿 7 歲之人性交、與 7 歲以上未滿 14 歲之人非合意性交，均係犯刑法第 222 條第 1 項第 2 款對未滿 14 歲之人犯刑法第 221 條第 1 項「以違反被害人意願之方法」強制性交罪。學說上對此決議結論，迭有不同意見<sup>110</sup>，另就刑法妨害性自主罪章刑法第 221 條第 1 項強制性交罪及第 224 條強制猥褻罪「其他違反其意願之方法」概括規定之解釋，對於「其他違反其意願之方法」「是否以『強制手段』為必要」、「影響被害人意願之程度」有各種不同見解，然皆以保護性自主、性自主權法益為基礎，並以「違反被害人性自主意願」為保護法益之核心內涵及刑事處罰理由，與本法第 36 條不分是否未經兒少同意，皆予保護兒少身心發展有關兒少權利之整體性法益「兒少身心健全發展之基本人權」，在「即使兒少同意也要處罰兒少性剝削行為」之法規範基本秩序下，以加害者行為態樣、行為情節重大程度而為輕重有別之層級化刑事處罰，於保護法益、立法本旨及脈絡上，均不相同。

<sup>108</sup> 王皇玉，本案法律意見書，頁 15。

<sup>109</sup> 李佳玟，本案法律意見書，頁 16。

<sup>110</sup> 黃惠婷，證明「違反意願」非強制性交罪之必要條件—簡評 99 年度台上字第 4897 號判決與 99 年刑事庭第 7 次會議決議，台灣法學雜誌，第 161 期，頁 194-203，2010 年 10 月 1 日；盧映潔，「意不意願」很重要嗎？—評高雄地方法院 99 年訴字第 422 號判決暨最高法院 99 年第 7 次刑庭決議，月旦法學雜誌，第 186 期，頁 169-172，2010 年 11 月；王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心，臺大法學論叢，第 42 卷第 2 期，頁 404-407，2013 年 6 月。

對於以「不尊重兒少自我實現、自由意志與人性尊嚴、妨礙兒少意思自由，未經兒少同意」不法內涵較重之「手段/方法」偷拍不知情兒少性影像之行為人適用本法第 36 條第 3 項規定加重處罰，係考量本法保護法益內涵與妨害性自主罪之異同，就法條構成要件所為符合本法保護法益、立法本旨及「以行為情節是否重大，認定是否加重處罰」之立法脈絡邏輯及法規範體系而為相應解釋之結果，是兒童權利公約「兒童為基本人權保障主體，並具備自身想法與感受」核心理念之落實，與刑法妨害性自主罪章「尊重被害人意願及決定自由」及最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議決議保護兒少被害人之精神，並無衝突。

### (三)本署對於爭點四、爭點五，均採否定說

本件提案法律見解之討論，不因行為地點(是否係公共空間)、行為人與兒少被害人之關係(是否熟識)、拍攝時間短暫與否，而有不同。前述法律之解釋適用，不應考慮兒少意思能力或年紀，採取否定見解，與最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議決議之結論並無衝突。

### 肆、結論

行為人以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝其性影像，該當本法第 36 條第 3 項之構成要件，本署對於本案提案法律問題採肯定說。

爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中 華 民 國 1 1 4 年 1 2 月 3 0 日

檢察官 費玲玲

林麗瑩

張安箴

林錦鴻

林芝郁

吳梓榕

劉建志

許文琪

邱耀德

樊家妍