

# 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

許恒達\*

## 壹、導論

我國近十年來有關性犯罪刑事制裁之構成要件相關立法，主要著重於兩個不同的層面，其一是2023年刑法典中有關性影像、妨害性隱私犯罪與不實性影像罪的增訂，該次修法除了增訂未得被害人同意而攝錄、散布其性影音的處罰<sup>1</sup>，更一併納入製作、散布關於他人不實性影像之深偽影音的犯罪行為<sup>2</sup>；其二則是關於兒童少年性剝削防制條例（以下簡稱性剝削條例）<sup>3</sup>，該法在2015年全面修正、2017年正式施行之後，立法者另於2023年及第2024年均針對各類兒少性剝削的成罪要件與法律效果再次整體修正，基本修正方向是更加擴張兒少性剝削的成罪範圍與處罰效果。

而在立法者增、修訂這兩部分有關「性」之犯罪行為後，實務上出現了一類同時構成兒少性剝削及妨害性隱私的論罪爭議，此即行為人與兒童或少年發生合意性交行為，但行為人在未告知該兒童或少年的情況下，即以隱藏式攝影機攝錄其與兒童或少年性交過程的影音，更精確地說即下述實例：

行為人甲與未滿14歲之少女乙為合意性行為，甲要求該乙以黑布矇眼，而乙亦同意，因而使得少女不知道甲於合意性行為過程中，甲竟另行以手機拍攝甲與乙性交且裸露乙胸部與私處之影片。

上述甲之行為除了可能成立刑法第227條與幼年人性交刑責之外（但若合意性交之乙，

\* 本文作者係國立臺灣大學法律學院教授

註1：有關性隱私的刑法規範，僅參見林琬珊（2025），〈攝錄、散布性影像行為之刑法規制〉，《臺大法學論叢》，54卷1期，第255-280頁；王皇玉（2025），〈性隱私與不實性影像之刑法規制〉，《月旦法學雜誌》，357期，第128-130頁。

註2：有關深度偽造性影音的刑法規範，僅參見陳俊偉（2023），〈重思深度偽造影音的入罪化——以人工智慧的科技風險規制為思考方向〉，《月旦法學雜誌》，333期，第27-38頁；黃士軒（2025），〈刑法第319條之4不實性影像罪的基本問題〉，《台灣法律人》，40期，第116-128頁；許恒達（2022），〈深度偽造影音及其刑法規制〉，《法學叢刊》，67期，第13-25頁。

註3：僅參見許恒達（2016），〈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》，1期，第61-67頁。

其已滿16歲時即無本罪適用），也會成立刑法第315條之1的竊錄非公開活動罪、第319條之1的未得同意攝錄性影像罪，不過以上犯罪除刑法第227條刑責較重之外，大致上刑度都不算重，因此實務真正關心的問題，其實是甲「隱匿而未告知」乙攝錄其性影像的行為，能否成立刑度陡升的性剝削條例第36條拍攝兒少性影像犯罪？

必須說明的是，性剝削條例第36條共有3項犯罪構成要件：

（第1項）拍攝、製造、無故重製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，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰金。

（第2項）招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、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，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。

（第3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，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

很有意思的是，上述三則犯罪行為模式或多或少可能涵納「未告知兒少乙正在拍攝其性影像」之行為。詳言之，兒少性剝削條例

第36條第1項僅單純處罰拍攝、製造、重製（以下統稱此類手法為「產製」）兒少性影像的行為，法條中未言明該兒少對於「攝錄性影像」的意願狀態或知悉與否，倘若法條文字未有額外限制，「未告知攝錄性影像」也就有能適用第1項的空間。

至於第2項則改變構成要件行為模式，以文義解釋直觀來看，似乎行為人並非直接拍攝或製造，而是以招募、引誘、容留、媒介或他法的方式，間接地「促成」拍攝狀態的實現，貌似與本案無關，然而考慮到第2項的法律文字非常複雜，其中還可抽繹出「他法而使兒少被拍攝」的行為模式，這也就讓未告知兒少攝錄情事，卻「令其被拍攝」的行為人，也有適用第2項的可能性。

至於刑度最重的第3項，其構成要件明顯側重於行為人實行「違反兒少意願」的介入手段，大致上可分為三種手法，包括(1)具有明顯壓制兒少意願的「強暴、脅迫、藥劑、催眠術」等例示型強制手法，(2)詐術及(3)其他違反兒少意願的方法，這些手法原則上必須形成牴觸兒少意願的狀態，最後實現完成由行為人產製或被害兒少自行拍攝性影像的結果，而當行為人未告知兒少攝錄情事，若該被拍攝之兒少事後知情時，想必會不同意行為人攝錄舉措，此時也就有可能該當「違反兒少意願」的行為選項，從而有該當第3項的解釋餘地。

就本文提及的實務案例而言，這三則條文因長期修法及文義概念的多樣性，到底該適用那項規定，恐怕均有可能，也有疑問。行為人確實已經在未得積極同意的狀態下，拍攝了兒少性影像，似可成立第1項罪名，但因

該項罪名處罰較輕，如果可以成立第2項或第3項罪名，理論上就會排斥適用第1項而成立第2項或第3項的罪名，此時應該如何適用即生疑問。

事實上，作為刑事實務最終審的最高法院面對本案事實的法律適用時，不同庭所作成的判決，更是明顯有不同見解。整體來看，正是因為兒少性剝削條例第36條各項的內部結構相對複雜，究竟應該如何決定適用項次，也就產生本次法律諮詢的必要性。接下來的討論，也將圍繞在此項爭議。

## 貳、現行實務見解

接下來簡要分析現有實務見解的看法，我國實務上同樣出現相近案例，這些事例與本案近似，但不完全相同。以下就簡要分析最高法院對於相關問題的法律評價觀點。

### 一、適用兒少性剝削條例第36條第2項之見解

最高法院在2021年曾處理一則案例<sup>4</sup>，該案例是行為人告知被害兒少，其可以協助其減重、豐胸，誘使兒少自行拍攝性影像之後，再傳送給行為人。本案討論的爭議在於：此類情況應適用第36條第2項「引誘兒少，而使兒少自行拍攝性影像」，或者同條第3項「行使詐術，而使兒少自行拍攝性影像」。最高法院就此認為應該採第2項，其理由是：「第2項與第3項，似係以行為人是否違反被害人

意願為主要區別，第2項規定之各種行為並未違反被害人意願，第3項規定之各種行為則係違反被害人意願，則同條第3項之『詐術』亦須違反被害人意願」，針對此項論點，最高法院先從立法歷程分析，特別是第3項中詐術的文字，在立法過程中一直受到批評卻未能成功修正，本此觀點，最高法院在判決中指明：「兒童及少年性剝削防制條例第36條第2、3項規定，雖未與同條例第32條第1項、第33條第1項同步修法，致『詐術』仍與強暴、脅迫、藥劑、催眠術等構成要件併列，然於適用上，亦應作相同解釋，認現行兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，係指未違反被害人意願之方法；至於同條第3項規定係指違反被害人意願之方法。但若將該條第3項之『詐術』解釋為違反本人意願之方法，將與同條例第32條第1項、第33條第1項之修法目的，暨刑法第231條第1項及第231條之1第1項規定不符，致相同構成要件為不同解釋。因此在兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定之『詐術』未配合上揭規定修正，移列為同條第2項前，於適用時，自應從嚴解釋『詐術』，以限縮其適用範圍」。

以此觀點適用至原判決案例，最高法院認為：「被告既係以『可以幫忙減重或豐胸』來引誘被害人A女（姓名年籍詳卷）傳送猥褻照片、影片之電子訊號，且依A女證詞，其對被告之身分已產生懷疑，是否有陷於錯誤已屬可疑。換言之，A女尚可考量自己是否要傳送電子訊號，並非全陷於錯誤，此部分應對

註4：參見最高法院110年度台上字第1530號刑事判決。

被告為有利之認定。再者，所謂『詐術』及『引誘』，其手法均有賴行為人提供訊息資訊為基礎，『詐術』係以錯誤之訊息使被害人陷於錯誤而為決定，『引誘』則以話術激起被害人內心意願。因A女已對被告產生懷疑，並非在遭受詐術之錯誤基礎上，全然陷於錯誤而為決定，因認被告所為僅構成兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之引誘使少年製造猥褻電子訊號罪等旨甚詳（見原判決第5頁第13行至第9頁第3行），核其論斷，於法尚無違誤」。

雖然本說嘗試區別兒少性剝削條例第36條第2項與第3項的差異性，將第2項限定於「未違反兒少意願而製作性影音」，而第3項限定於「違反兒少意願而製作性影音」，在原判決案例尚可應用，然而諮詢意見書所討論案例中，被害兒少因為自始「不知悉拍攝事態」而無法表達其意願，此時究竟認定「未違反意願」而適用第2項，或是「違反意願」而適用第3項，在本說脈絡下則顯得不清楚。

雖然最高法院110年度台上字第1530號刑事判決的見解未能解決問題，但最高法院仍有相近於本說觀點的判決，此即110年度台上字第2208號刑事判決。該案行為人同意與兒少網路視訊，並在兒少不知情狀態下，利用手機截圖功能而錄下兒少裸體影像。由於兒少與行為人進行視訊時，不知行為人使用截圖功能，等同兒少因為不知情而無法表達留存性影像的意願，此時應該如何適用兒少性剝削條例第36條，即生疑義。就此最高法院將討論範圍一併展開至同條第1項的行為類型，並區別三類不同的犯行模式，最高法院指出：「兒童及少年性剝削防制條例第36條

第1項至第3項所列之罪，依其文義及體系解釋，乃依行為人對被害人施加手段之強弱，以及被害人自主意願之法益侵害高低程度之不同，而予以罪責相稱之不同法定刑，一方面期使規範密度周全，達到保障兒童及少年權益之立法目的，另方面亦為符罪刑相當原則、比例原則之憲法要求」，亦即，最高法院認為這三項必須有所區別，其區別重心指向行為人施用手段，被害人意願受到侵害的強弱等情狀。

本此基礎理解，最高法院指出：「第1項規定拍攝、製造兒童或少年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之罪，屬基本規定，即凡行為人於未滿18歲之人知情同意而為拍攝、製造性交或猥褻行為之電子訊號等均屬之」；至於第2項，最高法院則認為：「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，使兒童或少年被拍攝、製造性交或猥褻行為者，則合致於第2項之規定，而該規定所指之『引誘』，係指勸導或誘惑原無意被拍攝、製造性交、猥褻行為之電子訊號等之兒童或少年，使其產生被拍攝、製造之意思，至於招募、容留、媒介、協助等行為對象，則包含被害人已具有被拍攝、製造性交或猥褻行為之意思」。

不過，如果行為人採取較為強勢且違反意願的介入手段時，最高法院強調：「若行為人採行之手段，以達強暴、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，該罪之『違反本人意願之方法』，係指其所列舉之強暴、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」。

確認三項不同的行為介入模式與被害人關係後，最高法院補充兩個重點，第一點是關於「拍攝、製造、被拍攝、被製造」的關係：「兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項所指之『拍攝』、『製造』，第2項、第3項之『被拍攝』、『被製造』，其文義均涵攝被害人自行拍攝（即自拍）、自行製造之行為。而拍攝，一般即指以攝影機之設備為動態（即連續畫面）之影音攝影，及以照相機之設備為靜態（即定格畫面）之影像攝影」，換言之，最高法院似乎傾向認為拍攝與被拍攝在文義結構上並無明顯歧異，在這個核心思維下，最高法院提出有關被害人就「拍攝或被拍攝」之「同意」與否的認定標準，最高法院認為：「以數位設備為拍攝時，通常具有同步自動製造、儲存照片、影片、電子訊號之紀錄功能，故於被害人同意之情況下，使用該等設備為拍攝進而製造、儲存照片、影片、電子訊號者，當認均在被害人之同意範圍內，固無疑問，如以數位設備如手機、電腦之程式為雙向動態視訊時，縱該手機、電腦程式不具備自動同步製造、儲存影音、影像之功能，然視訊者之任何一方，均可以簡易之按鍵動作，即可快速擷圖拍攝彼此視訊之靜態影像，並同步予以製造、儲存並紀錄。鑑於此類影音、影像視訊之通訊交流，已屬相當普及之社會活動，則雙方既同意以上開設備為視訊交流，於視訊

過程中，除有反對之意思表示者外，依社會一般通念，視訊者之任何一方對其影像不被對方擷圖儲存之隱私合理期待應屬甚低，故縱視訊者之一方即行為人於另一方即被害人不知情之情況下，在視訊過程中為擷圖拍攝、製造、儲存靜態影像時，其行為強度與對被害法益之侵犯，難認已達壓抑、妨礙被害人意思自由之程度，自不構成上開條例第3項所指『其他違反本人意願之方法』，最高法院更補充說明：「行為人於視訊過程中另行採取擷圖之影像拍攝、製造、儲存之積極紀錄動作，與該條例第1項被害人知情同意之單純拍攝、製造被害人影像之行為強度及法益侵害，仍有重輕之別，當認其行為該當上開條例第2項之以他法使兒童或少年被拍攝、製造性交或猥褻行為之電子訊號之罪，始符前述立法規範意旨」。

整體而言，最高法院110年度台上字第2208號刑事判決，設計出一個基本的規範結構：

- 第1項：行為人得兒少同意，而拍攝其性影像；
- 第2項：行為人雖未得兒少同意，卻引誘兒少與行為人即時視訊，在視訊過程中，基於「兒少足可預期有截圖可能性」，而在兒少不知情下拍攝其性影像；
- 第3項：行為人採取壓抑兒少自由方式，違反其意願而拍攝性影像。

採上述最高法院判決觀點審視諮詢意見書的審查事實，被害兒少顯然在不知情狀態下，由行為人拍攝其性影像，當該少女被矇

上黑色眼罩時，某程度可認定存在「行為人持用手機拍攝」之可能性，縱然少女不知被拍攝情事，行為人仍可成立第2項罪名。

整體來說，支持本說的最高法院見解大致認為，第36條第3項必須達到明確違反被害人意願情事，始有適用空間，尤其考慮到第3項較高刑度，倘若被害兒少僅是不知情而無法具體形成意願，這種情況尚未達到相同於第3項的不法非難強度，只能考慮第2項，不能考慮第3項罪名。

## 二、適用兒少性剝削條例第36條第3項之見解

不同於上述看法，近期最高法院見解有所修正，反而轉採適用刑度最重的第3項解釋方向，其主要論理不外乎擴大大解釋「其他違反意願方法」，並將「被害兒少不知情」的案例，理解為「違反兒少之真實意願」，採此項見解的判決，在近期實務明顯增加。

最具代表性的案例即最高法院111年度台上字第3725號刑事判決。該案行為人在住處裝設針孔攝影機，拍下兩位均滿12歲之兒少在家中之性影像。最高法院在判決中指出：「兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項規定之違反意願拍攝性交猥褻影像罪，其所指『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要，祇要其所為具有壓制或妨礙被害人意思自由之作用，或被被害人意思決定過程，因行為人之行為而發生瑕疵者，即合於『違反本人意願之方法』之要件」。最高法院更強調具內國法地位的兒童權利公約對兒少免受性剝削的保障態度，因此，「應由保護兒童及少年之角度，解釋本條項所指『違反本人意願之方法』之意涵，即凡兒童及少年被人拍攝性交或猥褻等色情影像之際，係因行為人刻意隱匿其事先架設錄影器材，使該兒童及少年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，乃剝奪兒童及少年是否同意被拍攝性交或猥褻行為影片之選擇自由」。

最高法院另於判決強調：「依法律對於兒童及少年身心健康發展應特別加以保護之觀點而言，以前述隱匿而不告知之方式偷拍或竊錄兒童及少年性交或猥褻行為之影片，顯然具有妨礙兒童及少年意思決定之作用，就其結果而言，無異壓抑兒童及少年之意願，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，應認屬本條『違反本人意願之方法』」。依此見解，原判決事實縱然被害兒少不知情，仍應認屬「形同被迫而遭偷拍」，故應成立第3項罪名<sup>5</sup>。

註5：最高法院見解亦同：「原判決已說明上訴人明知A女、B男均為未滿12歲之兒童，且知悉擅自於住處浴廁內裝設針孔攝影機，將使A女、B男在不知情之情況下遭拍攝猥褻行為影片，而以上揭隱匿、不告知方式，偷拍竊錄A女、B男裸露胸部、下體或臀部等猥褻行為之影片，無異壓抑、妨礙A女、B男意思自由之作用，形同被迫遭拍攝猥褻行為影片之結果，所為亦屬違反本人意願之方法，對於上訴人所稱偷拍行為與違反本人之意願有別，無該條例第36條第3項適用等旨辯詞，何以委無足採，悉於理由內詳加論駁，依確認之事實，論以上訴人前揭以違反本人意願之方法使兒童被拍攝猥褻行為影片2罪刑，無適用法則不當之違法」。

相近見解也見於最高法院111年度台上字第1838號刑事判決，該案事實與諮詢意見書審查之事實相近，檢察官以乘機性交罪起訴被告，但法院認為既有證據難以認定有性侵害情事，故該部分認定無罪，真正關鍵者則是，行為人在性交過程中，未告知被害兒少，即以手機拍攝性交的性影像。最高法院先指明其解釋各項適用方向的主要論理基礎：「兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項至第3項所列之罪，依其文義及體系解釋，乃依行為人對被害人施加手段之強弱，以及被害人自主意願之法益侵害高低程度之不同，而予以罪責相稱之不同法定刑，並於同條例第43條第1項及第2項規定減輕或免除其刑之適當調節機制以資衡平，為層級化規範，使規範密度周全，以達保障兒童及少年權益之立法目的，並符罪刑相當原則、比例原則之憲法要求」。

本此論點，最高法院認為：「第1項規定拍攝、製造兒童或少年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（以下合稱「性影像」）之罪，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」；至於第2項之適用情況，最高法院認為：「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，促成兒童或少年合意被拍攝、製造性交或猥褻行為之性影像者，則合致於第2項之規定」。而若行為人「採行之手段，以達強暴、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，該罪之『違反本人意願之方法』，係指其所列舉之強暴、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方法為必要，祇要其所為具有壓制或妨礙被害人意思自由之作用，或被害人意思決定過程，因行為人之行為而發生瑕疵者，即合於『違反本人意願之方法』之要件」，就此最高法院再次強調兒童權利公約的保障意旨，因此「以前述隱匿而不告知之方式，偷拍或竊錄兒童及少年性交或猥褻行為之性影像，顯然具有妨礙兒童及少年意思決定之作用，無異壓抑兒童及少年之意願，而使其等形同被迫而遭受偷拍性交或猥褻行為性影像之結果，自屬本條項『違反本人意願之方法』」。從最高法院較近期見解論點可知<sup>6</sup>，第36條第1項至第3項的適用案例，可茲區別如下：

第1項：行為人在兒少同意情況下，拍攝或製造性影像；

第2項：行為人透過招募、引誘、容留、媒介、協助之手法，取得兒少拍攝性影像的同意下，而令其被拍攝性影像；

第3項：行為人採取強制或違反兒少意願而拍攝性影像；若屬隱匿拍攝情事而未予告知兒少的情況，亦等同違反意願。

套用上述見解至諮詢意見書審查事實，行

註6：採本說之更近期判決，參見最高法院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、113年度台上字第2621號刑事判決。

為人在未告知少女，亦未獲取同意的情況下，私自攝錄其性影像，顯然未有同意，依上述看法即應成立第3項罪名。

### 三、適用兒少性剝削條例第36條第1項之見解

相對於前述兩種見解均有最高法院的支持，實務判決明顯較少採取第1項的見解，但仍有二審法院見解同此<sup>7</sup>。該案處理議題與本文較有不同，純粹是行為人在捷運站以手機拍攝少女裙下風光，因為被害人屬於兒少，而且其在被拍攝當下並不知情，與本案在「隱蔽不知情狀態下被拍攝」有相近之處。法院面對此類案例時，也就一併處理兒少性剝削條例第36條各類罪名的適用關係。

就上述核心爭點，法院先簡要說明實務見解傾向適用第3項罪名的現象，但接著話鋒一轉，隨而指出：「『偷拍』案例事實有別，不能一概而論。如行為人施以詐欺、壓抑或利用不對等關係『偷拍』，仍應論以本條文第3項之罪。如行為人單純在交通工具上『偷拍』，從文義解釋來說，該條文第3項所指：『其他違反本人意願之方法』具有『壓抑意思形成與決定自由』的意涵，與『偷拍（趁人不知而未經同意）』的行為方法，並不相同，亦即『偷拍』行為在客觀上缺乏壓抑被害人自由意思的作用，自不符第3項的要件；自體系解釋而言，本條文第1項至第3項規定是依行為人對被害人施加手段的強弱，以及被害人自主意願之法益侵害高低程度的不同，而予以罪責相稱的不同法定刑，已如前

述，其中第1項是針對『拍攝兒童或少年性影像之不法行為本身』而為處罰，不以兒童或少年是否知情或同意為必要，則以偷拍方式對不知情的兒童或少年拍攝其性影像，自屬本條文第1項的規範對象，且對比第2項是以促成兒童或少年同意而拍攝性影像，才提高法定刑為3年以上而已，則對於兒童或少年完全不知情者，如逕以第3項論處7年以上有期徒刑，刑度顯不相當」。雖然涉案事實不完全相同，但是本案法院倒是敏銳地注意到，「隱匿而不告知」的拍攝行為，本身並沒有壓抑相對人決定自由的特性，因此只能考慮第1項罪名。

此外，法院進一步補充指出：「立法者對於拍攝兒童或少年性影像犯罪的原意，是依行為人是否使用『強制』手段，區分其危害程度，明定輕重不同的法定刑，亦即立法者始終無意將不具『強制』要素之『以偷拍方式，對不知情的兒童或少年拍攝性影像』的行為，納入本條文第3項加重處罰規定的範圍；由目的解釋而論，本條例是依據《兒童權利公約》第34條及該公約的精神，將侵犯兒童或少年而與其身心健全發展有關的任何性活動，均列為是對兒童及少年的『性剝削』，並於本條例第36條第1項至第3項分別依行為人對被害人施加手段的強弱的不同而有不同的法定刑等情，已如前述，顯見只要依本條文第1項至第3項所規定的行為態樣予以處罰，均符合立法意旨，並無『罪疑唯重』或一律適用最不利於行為人之條款的必要」。

註7：參見臺灣高等法院114年度上訴字第2415號刑事判決。

最後法院總結指出：「本條例第36條第3項的「違反本人意願之方法」，必須具有壓抑或妨害被害人意思形成與決定自由的作用時，方足以該當；如行為人在交通工具上僅以『偷拍』方式對不知情的兒童或少年拍攝其性影像，自非本條例第36條第3項的『其他違反本人意願之方法』，應僅論以本條例第36條第1項之罪」。

必須再次強調的是，本文討論之事實與此處提及的二審判決並不相同，但從行為人拍攝當下與被害人的關係來看，則仍屬一致，亦即被害人均在毫不知情、且未被告知的狀態下，受到行為人拍攝其性影像，固然兩案的事實存在落差，但成罪論理結構上仍有高度近似性，故可認為其判決法理仍具參考價值。採此見解觀察本案事實，甲應成立第1項的罪名，不過此項見解在實務上可謂極度少數的看法。

#### 四、小結

以上簡要整理了兒少性剝削條例第36條共3項刑罰規定的適用情況，光是最高法院就有兩種不同見解，此外也有傾向第1項的二審判決。究其實質，核心爭議始終是「隱匿而未告知兒少狀態下拍攝其性影像」，究應適用第36條的那項罪名論處，就此疑義，以下說明筆者的個人觀點。

### 參、本文見解

#### 一、德國法之參考

接下來將提出本文的看法，而在實質處理

相關議題之前，我們或可簡要地參考一下德國法對相近行為的規範狀態。針對本文案例事實，德國法之相關規定見於德國刑法第184b條（未滿14歲之兒童）與第184c條（介於14-18歲之少年）。

先談第184b條的規定，該條主要處理散布、取得、持有、製造具有兒童色情內容的資料，該條規定甚多，包括散布內含兒童色情內容的資料等不同態樣。至於與本諮詢意見書處理事實直接關聯者，應該是德國刑法第184b條第1項第3款所規範的犯罪手法，此即行為人製造有攝錄真實情境之兒童色情內容物（wer stellt einen kinderpornographischen Inhalt her, der ein tatsächliches Geschehen wiedergibt.），即可處以1年以上10年以下有期徒刑。

上述罪名有關「兒童色情內容」的定義，見於第184b條第1項第1款之規定，兒童色情專指其內容包括下列三種內容之一：「(1)含有未滿14歲之人所為性關聯行為、對未滿14歲之人為性關聯行為或在未滿14歲之人前實行性關聯行為」（sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter vierzehn Jahren (Kind)）、「(2)兒童部分或完全裸露、且刻意強調性關聯身體姿勢之攝錄內容」（die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbekleideten Kindes in aufreizend geschlechtsbetonter Körperhaltung）、「(3)兒童裸露生殖器或裸露臀部、且帶有性誘發性之攝錄內容」（die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbekleideten Genitalien oder des unbekleideten Gesäßes eines Kindes）。依第184b條第1項第3款規定，行為人只要製作攝

錄真實情境、內容帶有色情意味，並符合前述兒童色情之內容，即可成立犯罪<sup>8</sup>。由於德國法並未針對兒童同意與否有所規定，在此不論該兒童同意或不同意，均成立本罪。

類似規定亦見於德國刑法第184c條，該條規範的對象是少年，其指超過14歲、但未滿18歲之人。本條與諮詢意見處理事實有關係的條文，同樣見於第184c條第1項第3款只要行為人製作少年色情內容之物，而其內容是攝錄色情活動的真實情境者，即可處以3年以下有期徒刑或罰金刑。該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。

透過以上分析，依德國法之規定，縱然行為人未告知被害少女攝錄其影像的事實，該未滿14歲之被害少女無法表達其意願，由於德國法完全未從被害人的意願設計相應規範，因此行為人可以直接成立德國刑法第184b條第1項第3款的犯罪。

## 二、立法論的針砭

以上簡要說明德國法與我國法的相關內容，接下來問題是，依我國法應該如何解釋？在直接探論我國法解釋之前，或可借用簡要篇幅，說明德國與我國規範架構的差異性。德國法針對拍攝兒少性活動的影像，主要規制的條文均將重點放在「拍攝真實情境的兒少色情活動」本身，行為人只要符合法定之製造兒少色情內容物的行為，就可以成立犯罪，個案究竟有無牴觸或符合兒少意願，並非規範重點；相對於此，我國法則設

定各類不同態樣的行為模式，包括行為人主動拍攝／被害人自行被拍攝，更仿造強制性交／猥褻罪的規範而設計違反被害兒少意願的加重型規定。

從立法論視角來看，我國法的複雜規定不免治絲益棼。主要理由在於：從真正保護兒少的規範立場來看，任何產製兒少性影像的行為，都應該予以禁止，規範設計上，過度著重行為人／兒少之間的主動拍攝／被動拍攝關係，其實並不合適，重點反而應該是，究竟是行為人或兒少實行性活動情境記錄於載體上的關鍵行動，當行為人是此行動的主要執行者，不論行為人主動攝影，或是在兒少於即時影音互動下拍攝，甚或行為人誘騙或強制兒少拍攝，都屬於「製作」兒少性影像的行為；此外，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，將論處重輕罪名委諸兒少意願，絕非適切的立法架構。

換言之，在立法設計方向上，我國法過度重視兒少拍攝性影像的實際意願，反而造成更多問題，相對來說，德國法不論其意願的規範方式，或許是比較好的選擇。

## 三、性剝削條例第36條的基本解釋架構

澄清立法論的方向後，接下來分析我國法條的解釋方向。大致來說，德國法的解釋方法恐怕不適用於我國法，尤其兩國法律規範結構完全不同，恐怕沒有比附援引的空間。

註8：Dazu Thomas Fischer, StGB, 69. Aufl, 2022, § 184b Rn. 25.

基此，筆者認為對於我國法的解釋，應該分別從兩個視角切入。首先，我國立法者對於介入、參與製作兒少性影像的行為，傾向設計概括型的處罰規範，然後再設計違反被害兒少意願的手段加重型規定，前者例如第36條第1項，法條僅只言明拍攝、製造、重製，卻未詳細規範被害兒少的意願內容，而後者如第36條第3項，立法者要求行為人必須實行干擾被害兒少意願的手段，進而妨害被害兒少的自主決定，然後再由行為人拍攝其性影像，在解釋時必須留意行為人是如何實現被害兒少的拍攝可能性，尤其是透過何種行為，致令兒少被拍攝性影像。

其次，我國法另一個常見設計，即是在拍攝行為之外，另外又規定「促成拍攝」的延伸型犯罪模式，此種規定見於第36條第2項，例如其法律文字中容納的「招募」、「引誘」等手法，僅能促成後續拍攝性影像行為的實現，卻無法直接實行拍攝，相對於第2項，同條第1項及第3項法條文字的設計方向，則明顯偏向於行為人直接遂行拍攝的產製性影像行為，不過仍有若干解釋疑義。

若能接受上述分析，接下來就本於上述兩項思考角度，進一步分析兒少性剝削條例第36條第1項至第3項的解釋重點。

#### 四、第36條第3項

首先討論刑度最重的第3項規定，該項法律文字在結構上可分為兩個部分，包括「以強

暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」的犯行描述，以及「使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、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」的性影像產製過程。大致而言，行為人必須先實行特定妨害被害兒少意願的行為，接著再由行為人或兒少實行產製性影像的行動。而依本文之見，第3項具體結構可分為三種不同的成罪模式。

第一，行為人必須先實行牴觸被害兒少的強制手段，包括「強暴、脅迫、藥劑、催眠術」，或至少實行「違反意願方法」，法條中另規範「詐術」，但因其影響兒少意願的方式較為不同，其解釋另說明於下文。行為人必須實行類似干擾被害兒少意志的手段，並在違反兒少意願情況下，由行為人「直接產製」性影像，包括「行為人使兒少在被迫令的情況下被拍攝」（亦即由行為人拍攝而達成直接產製效果）、「行為人直接製造性影像」、「行為人直接重製性影像」。本類犯罪手法最主要的問題在於：如何解釋「違反意願方法」？實務見解似乎傾向仿造強制性交罪的解釋方式而認為，違反本人意願方法指一切違反被害兒少意願的方式<sup>9</sup>，然而筆者則有不同意見，「違反意願」指的是行為人某項行為模式，造成兒少意願受到壓抑，如果把「違反本人意願的方法」理解為一切違反意願方式，將使得第3項的犯罪手法無任

註9：參考最高法院107年度台上字第3723號刑事判決：「刑法第221條第1項規定所稱『其他違反其意願之方法』，是指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反意願之方法，妨害被害人意思自由而言」。

何定性及標準可言，基此，筆者認為應該仿造學說就強制性交罪違反意願方法的解釋，將之限定於「弱效果」的強制手法，亦即必須造成被害兒少具體、實質意願受到壓抑、強迫的作用，例如行為人於深夜帶兒少至罕無人湮的墓園，並在該處要求兒少配合拍攝性影像，此種「深入帶至特定處所」的行為模式，雖未如強暴有直接、強烈的壓抑作用，但配合周邊環境因素，至少可以認為有弱性質的強制效果。在此脈絡下，第3項第一種成罪手段也就可以理解為：行為人至少必須實行弱性質的強制手法，從而已經事實上壓抑被害兒少的反抗意願，並在壓抑下由行為人自行拍攝或產製性影像。

第二，第3項還包括一種較為特別的成罪模式，此即行為人同樣實行前文提過的強制手法（包括弱性質強制手段），並在壓抑兒少意願的情況下，「迫令兒當自行拍攝」，第二類手法其實是行為人延續第一階段的壓抑其意願效果，並在兒少意願受到壓抑，根本無法本於自主決定的情況下，迫令兒少自行拍攝性影像，而非如第一種模式的行為人產製性影像。某程度而言，這種手法其實是行為人利用被害兒少無法反抗，而使被害人代行為人實行拍攝行為的「間接正犯」，是一種行為人實行強制效果的利用手段，在利用

手段持續作用而壓抑被害兒少意願時，令被害兒少實行拍攝的關鍵行為；此種模式在解釋學上也有比較接近的案例，此即是行為人「強迫」無法反抗且無他行為可能性的被害人「自殺」，這種事實可以被理解刑法第271條故意殺人罪的間接正犯。本於同樣視角，第3項的第二類手法指的正是：行為人以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或違反意願方法等強制或弱性質的強制方式，迫使被害兒少自行拍攝，其可非難性即為間接正犯的模式，立法者特別將間接正犯的模式規定入法，即應尊重其立法政策的選擇<sup>10</sup>。

第三，比較不容易解釋的，其實是第3項的「詐術」模式。嚴格來說，詐術手法與同項的其他手法並不相同，詐術不會致令被害兒少在知悉拍攝卻無法抗拒的情況下，由行為人拍攝（即法條所稱的兒少被拍攝）或由受迫兒少自行拍攝（即前述的間接正犯模式），而是兒少因行為人傳述詐術訊息發生錯誤，遂在錯誤情境下本於瑕疵同意而由行為人拍攝或自行拍攝<sup>11</sup>；嚴格來說，將詐術手法置於第3項違反意願情境下，實屬不宜，但既遂立法者已經決定，惟一的合理解釋方法是限縮詐術與錯誤的關聯事項，筆者認為詐術必須針對「拍攝與否」為虛偽的意思表示，行為人就此傳達予相對人（即兒少）錯

註10：必須強調，間接正犯在我國刑法上是個別條文的解釋問題，只要刑法構成要件不排除間接正犯的適用可能性（此種條文如己手犯），行為人就可以透過間接正犯而成立犯罪的空間。換言之，縱或法條未規定間接正犯，法院亦得在行為人利用第三人或被害人實現構成要件時，認定未實行構成要件行為，僅只實行利用行為之人為該罪之間接正犯。在此意義下，兒少性剝削條例第36條第3項有關間接正犯的規定恐屬無意義的贅文。

註11：嚴格來說，詐術所串連的影響產製方法，大致上只會是詐術而使兒少被拍攝，或許術而使兒少自行拍攝，但難以連結「詐術而無故重製性影像」的行為模式。

誤訊息，例如行為人直接告訴兒少，在其發生性行為前方要放置「電風扇」乙台，只有「送風」功能，但實際上電風扇內已經安裝有拍攝功能的針孔攝影機，兒少因而同意在「電風扇」前發生性交行為。換言之，必須足可肯認行為人實行詐術，其內容又連結「拍攝與否」，且兒少因詐術而認為並無拍攝情境，而任由行為人拍攝，才能成立第3項的詐術類型。

論述及此，第3項基本上同樣處罰行為人「直接產製」兒少性影像的行為態樣，只不過複雜的條文結構下，總計有三種類型的直接產製手法，包括：(1)實行強制手段壓抑被害兒少意願，而由行為人直接拍攝或產製兒少性影像；(2)實行強制手段壓抑被害兒少意願，而由被害兒少自行拍攝性影像；(3)行為人傳述詐術之錯誤訊息，使被害兒少誤認「無拍攝機制」而拍攝其性影像。

### 五、第36條第1項

討論完第3項的規範態樣後，接著分析第36條第1項，依法條文字，行為人只要「**拍攝、製造、無故重製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**」就會成立犯罪，法條中並無行為人遂行拍攝效果的前階段行為，也沒有規範被害兒少在拍攝時的意思或內在狀態，不過已如前述，雖然法律文字中並無相關規範，但我國實務向來認為本項兒少在被拍攝必須有所同意，亦即，行為人若取得兒少同意而拍攝，始能適用本罪論處。

對於上述見解，本文則有不同看法。申言之，本項並未規範任何被害兒少已經同意拍

攝性影像的法律文字，法條上只有行為人拍攝、製造或無故重製兒少性影像而已，從這個角度來看，本條極為類似德國刑法第184b條及第184c條有關製作兒童或少年色情資料的規定，其規範屬性應該理解為作為基礎型規範的「**截堵構成要件**」，用以攔阻一切關涉拍攝、製造、重製兒少性影像的犯罪行為；實務見解將本條限縮至合意性的拍攝行為，恐怕已經超出本條原有的規範目的及文字射程，甚且可能因為實務見解不當限縮，將某些原本可該當本項罪名的行為，排除於本項適用之列；舉例來說，行為人與兒少進行網路即時視訊，而要求兒少擺出特定具有性意味的姿適或露出性器官，並於未通知兒少的情境下直接拍攝，在本文看來，行為人並未採取第3項的強制或違反意願方法，而有壓抑被害兒少意願並進行拍攝的情狀，此時被害兒少又未曾同意拍攝，若第1項不能採取較寬泛的解釋立場，這類行為將無從納入兒少性剝削條例的規制範圍。

採取上述觀點的另一個優點在於：兒童、少年本身對社會行動的理解能力有限，尤其從兒童成長到少年的過程，更是人格成熟的重要成長與變化時期，當行為人面對此類被害兒少時，究竟該被害兒少是否人格已經成熟發展到具備自主決定能力，恐怕是個極度難認定的議題。倘若被害兒少自主能力並不容易決定，第36條第1項將刑責建構在一個無從精密確認的不成文要素，實非良策。

此外值得注意的是，本項的犯罪手法是「**拍攝、製造、重製**」，這三種行為顯然是行為人對於兒少性影像的「**直接**」產製行為，亦即，行為人實行具有關鍵的介入行動

（例如：按下手機或攝影機的錄影按鈕），才使得原來實體施行的兒少性活動，透過設備中介而紀錄於載體（拍攝、製造），或是已經紀錄於載體上的性影像再次複製（重製），本項犯罪手法中並沒有另行規範由被害兒少自行錄製的類型，換言之，本項規範的性影像產製方式，必須由行為人自行產製，而非透過其他人產製。

綜上，本諮詢意見書認為第1項應該理解為截堵構成要件，只要行為人有直接產製兒少性影像的行為，符合拍攝、製造、重製等行為模式，即可成立本項罪名，至於難以辨識其主自意願的被害兒少是否同意產製性影像，並非所問。

## 六、第36條第2項

最後討論第36條第2項刑責的解釋。已如前述，本文主張應具體區別個別構成要件行為對於最終結果的影響，究竟是直接實現結果，或是透過間接促成的方式達成，第36條第1項與第3項顯然傾向直接實現結果的行為模式，但是第2項應該解釋為直接／間接的行為模式，則有疑慮。此項解釋疑慮來自法條文義，雖然「**招募、引誘、容留、媒介、協助**」等法定犯行，應該較傾向行為人在外圍活動，透過其行為而使得「第三人」或「被害兒少」得以實現後續拍攝或產製性影像的行為。

然而，第2項法條中又有概括性質的「他法」，而「他法」接下來的作用，又實現「**使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造、**

**無故重製性影像**」即可，換言之，因為立法概括型手法與接續作用的連讀上，可以包括「以他法而使兒童或少年被拍攝、自行拍攝」的犯行模式，造成本項罪名似乎能夠涵納行為人藉由任何手法而「拍攝兒少」或「使兒少被拍攝」的事實，也因此實務見解才會認為，第2項亦處罰行為人未直接違反兒少意願，而兒少亦可預期行為人有直接拍攝行為的情況。針對上述實務見解，本文則有不同看法，以下分幾點說明：

第一，雖然第2項涵納「他法→使兒童或少年被拍攝／自行拍攝」，但其他例示型的犯罪手法，無一不是為了間接促成「後續流程」的產製性影像可能性而作，例如招募、引誘，均指行為人促令兒少參與拍攝，但招募或引誘行為，顯然無關「拍攝」本身；至於容留、媒介等手法，同樣也只是促成兒少參與後續的拍攝。以上這四種手法完全未觸及接下來實際上的拍攝行為，在此意義下，第2項例示犯行全部都是間接促成行為，作為概括型犯罪手段的「他法」，當然也要採取相同的解釋視角，亦即只能理解為「間接促成行為」，但不能包括「直接產製行為」，不過本文也承認，由於「引誘」的例示手法已經相形概括，解釋上不易出現可茲成立「他法」情況。實務案例如行為人藉口協助兒少豐胸，引誘致令兒少自行拍攝裸體照片，考量行為人實行誘令兒少拍攝的引誘行為，最後再由兒少自行拍攝性影像，當可成立本罪<sup>12</sup>；又例如行為人藉口協助兒少豐胸，

註12：附帶一提，行為人只要引誘兒少自行拍攝，依構成要件規定即可成罪，至於該被害兒少是否將性影像交付行為人，則非所問。

而讓兒少同意參與產製性影像，最後由第三人進行拍攝行為，亦屬於此種犯罪結構<sup>13</sup>。

第二，本項罪名要該當既遂，必須被害兒少或第三人拍攝已經完成，亦即性影像已經產製成功，否則在構成要件的結構之下，不應成立第2項罪名。在此意義下，第2項有兩種構成要件的成立模式，包括(1)由第三人實行拍攝行為的類型，此時第2項屬於正犯化的幫助犯；以及(2)由被害兒少自己實行拍攝行為的類型，此時第2項則屬立法者為了廣泛保護兒少的性活動私密性，因而仿造刑法第275條參與自殺而特設的保護型規範。

第三，至於第三人拍攝或是被害兒少自行拍攝時，是否出於自主意思決定，本文認為並非第3項規範重點所在。具體情況可分為幾類說明：(1)如果行為人先引誘被害兒少，使得被害兒少受到第三人強制行為，並在第三人違反兒少情境下由第三人拍攝性影像，該實行強制行為的第三人成立第3項罪名，而引誘之行為人的論罪，則視其是否與第三人具有共同正犯關係，如果肯定，則第三人直接論以第3項的共同正犯，若不成立共同正犯，則行為人仍論以第2項罪名；(2)如果行為人

先引誘被害兒少，而使被害兒少在未違反其意願的情況下，由第三人拍攝其性影像，則第三人論以第1項罪名，行為人若不成立第1項之共同正犯時，原則上則仍可論以第2項罪名<sup>14</sup>；(3)如果行為人引誘被害兒少，而其引誘手段已致令被害兒少無法自主決定，達到意願被壓迫狀態，兒少且於該受壓迫情境下自行拍攝性影像，則行為人的引誘行為至少符合「違反兒少意願方法」，應直接論以第3項罪名；(4)如果行為人引誘被害兒少，使兒少在不違反意願情況下自行拍攝性影像，則行為人成立第2項罪名。

綜上，第2項罪名應適用於「間接誘使」被害兒少受第三人或自行拍攝性影響的案例，原則上行為人並非產製該性影像，而是由被害兒少或第三人實行產製性影像的關鍵行為。

## 肆、結論

論述及此，我們可以統整本諮詢意見書對於兒少性剝削條例第1項至第3項的法律關係，為求方便理解，以下用表列方式說明：

法條項次	非難重點	犯罪手法	備註
第36條第1項	行為人直接產製兒少性影像	行為人直接實行拍攝、製造、重製兒少性影像	截堵構成要件，不問兒少之意願為何，但該兒少未自行拍攝

註13：不過依本文所見，如果行為人先引誘兒少，再由「行為人自己」拍攝，則不適用第2項處罰，而應直接以第1項或第3項論斷行為人刑責。此項看法的理由是：只要行為人直接產製性影像，應該優先考量立法上已經明文化的產製行為規範，不再適用由被害人或第三人的第2項規定。

註14：此種情況會出現不法非難理應較高的拍攝行為共同正犯（第1項罪名），其刑度居然低於不法非難理論上較低的引誘行為（第2項罪名）的不合理結論，此時只能考慮透過競合處理此項爭議。

法條項次	非難重點	犯罪手法	備註
第36條 第3項	一、 <b>強制且直接產製型</b> 行為人實行強性質或弱性質強制手段，壓抑兒少反抗能力，而由行為人直接產製性影像，	1.行為人實行強暴、脅迫、藥劑、催眠術等強類型的強制手段，直接拍攝、製造或重製性影像； 2.行為人實行弱性質的強制手段（違反意願方法），壓迫兒少意願，而直接拍攝、製造或重製性影像	直接正犯模式
	二、 <b>強制而間接產製型</b> 行為人實行強性質或弱性質強制手段，壓抑兒少反抗能力，而由兒少自行拍攝性影像	1.行為人實行強暴、脅迫、藥劑、催眠術等強類型的強制手段，壓迫兒少意願，而由兒少自行拍攝性影像 2.行為人實行弱性質的強制手段（違反意願方法），壓迫兒少意願，而由兒少自行拍攝性影像	本質上屬第1次類的強制支配被害人之間接正犯模式
	三、 <b>詐術型</b> 行為人實行詐術，使被害兒少就「拍攝性影像與否」發生錯誤，再由行為人或被害兒少產製性影像	1.針對「拍攝性影像與否」實行詐術，使被害兒少發生錯誤，而由行為人拍攝、製造或重製性影像 2.針對「拍攝性影像與否」實行詐術，使被害兒少發生錯誤，而由兒少自行拍攝性影像	本質上屬於立法政策上明文規範的錯誤型間接正犯模式
第36條 第2項	行為人間接促成兒少參與拍攝性影像，而拍攝行為由第三人或兒少實行	1.行為人招募、引誘、媒介、協助（或以類似間接促成之他法），促成第三人拍攝被害兒少性影像； 2.行為人招募、引誘、媒介、協助（或以類似間接促成之他法），促成被害兒少自行拍攝性影像	間接促成型的罪名，亦不問被害兒少之意願為何

本於上述解釋方向，本案行為人甲隱蔽而未告知被害人乙，在與其合意性交過程中，拍攝被害乙的性影像，本文認為論罪上應考慮以下數點：

一、甲未實行任何第3項壓抑效果較重的例示型強制行為；此外，甲只是未告知被害兒少拍攝情事，也未實行弱性質且有「壓抑兒少自由決定效果」之違反兒少意願行為；至於有無第3項所稱之「詐術」？行為人僅只「未告知」，卻未「告知沒有攝影」，可認為行為人並無作為型的詐術，而行為人亦無

告知被害兒少的義務，亦不用考慮不純正不作為的詐術型手法，故行為人不適用第3項罪名。

二、甲實行拍攝行為，並非促成被害少女或第三人拍攝性影像，重點在於關鍵的產製性影像者不是行為人本身，本案乃由行為人拍攝，無論如何不成立第2項罪名；

三、甲客觀上已實行拍攝行為，縱然被害少女不知其事，亦不妨害行為人該當第1項罪名，故行為人甲成立性剝削條例第36條第1項之「拍攝兒少性影像罪」。