

兒少性剝削

莊容安*

【裁判字號】最高法院114年台上大字第1405號刑事裁定

【裁判案由】兒童及少年性剝削防制條例

【裁判日期】民國115年2月4日

【裁判要旨】

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「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。」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「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。」之規定論處。

【評釋】

一、按：「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。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。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。意圖營利犯前三項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。前四項之未遂犯罰之。第一項至第四項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。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、語音或其他物品之工具或設備，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。但屬於被害人者，不在此限。」，兒童及少年性剝削防制條例第36條定有明文。

二、次按：「兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項至第5項所列之罪，依其文義

* 本文作者係執業律師

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。故其第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。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。惟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。同條例第4項規定意圖營利犯前3項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至2分之1；第5項則是前4項之未遂犯亦處罰之規定。又為了保護兒童及少年

免於成為色情影像拍攝對象，以維護兒童及少年身心健全發展之普世價值，契合具內國法效力之兒童權利公約第19條第1項規定：「簽約國應採取一切適當之立法、行政、社會與教育措施，保護兒童（該公約所稱『兒童』係指未滿18歲之人）……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」之旨，及符合我國為了保護兒童及少年身心健全發展，防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，特別制定現行兒童及少年性剝削防制條例之規範本旨，暨民國112年2月10日生效施行之修正刑法增訂「妨害性隱私及不實影像罪」專章加以處罰之立法目的，解釋本條項所指「違反本人意願之方法」之意涵，亦即性隱私屬於個人生活最核心之私密領域，對於向何人、於何時、何地、以何種方式揭露、揭露內容是否要被短暫或永久留存，都是個人的性自主決定權，以維護個人生活私密領域最核心之性隱私。雖合意性交或同意裸聊，仍具有合理隱私期待，其同意之範圍，並未及於同意他方私自將性隱私以錄影或擷圖方式加以留存。從而兒童及少年被人拍攝性交或猥褻行為之性影像時，處於不知被拍攝之狀態，致使無法對於被拍攝行為表達反對之意思，實已剝奪兒童及少年是否同意被拍攝性交或猥褻行為影像之選擇自由。再從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，以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』，此有最高法院113年台上字第2621號刑事判決要旨參照。

三、經查，本案一審及二審認定之事實略為：被告依穿著及樣貌知悉A1等人是未滿12歲兒童或12歲以上未滿18歲少年。A1（代號AD000-Z000000000，民國00年0月生，年籍詳卷，下同）、A2（代號AD000-Z000000000，00年0月生）、A3（代號AD000-Z000000000，000年0月生）、A4（代號AD000-Z000000000，000年00月生）、A5（代號AD000-Z000000000，00年00月生）、A6（代號AD000-Z000000000，000年0月生）及A8（代號AD000-Z000000000，000年0月生）。被告明知A1等兒童及少年不會願意讓被告偷拍裙底或褲底，竟分別基於拍攝少年性影像犯意，以違反本人意願之方法，對不知情之A1等兒童及少年實行下列行為：

- （一）民國112年6月30日13時30分許，在新北市○○區○○路00○0號2樓諾貝爾書局，持扣案IPHONEXR廠牌行動電話1支，伸向A1裙底，由下往上攝錄A1臀部、內褲等足以引起性慾或羞恥之性影像。
- （二）112年6月22日21時許，在新北市○○區○○路000號春大地書局，持上述行動電話，伸向A2、A3所著短褲下方，欲由下往上攝錄

A2、A3臀部、內褲；未攝得足以引起性慾或羞恥之性影像而未遂。

- （三）112年6月22日21時許，在春大地書局，持上述行動電話，伸向A4所著短褲下方，欲由下往上攝錄A4臀部、內褲；未攝得足以引起性慾或羞恥之性影像而未遂。
- （四）112年6月23日12時30分許，在新北市○○區○○街000號統一超商蘆華門市，持上述行動電話，伸向A5所著短褲下方，欲由下往上攝錄A5臀部、內褲；未攝得足以引起性慾或羞恥之性影像而未遂。
- （五）112年6月30日12時24分許，在春大地書局，持上述行動電話，伸向A6裙底，欲由下往上攝錄A6臀部、內褲；未攝得足以引起性慾或羞恥之性影像而未遂。
- （六）112年6月30日13時30分許，在諾貝爾書局，持上述行動電話，伸向A8所著短褲下方，欲由下往上攝錄A8臀部、內褲；未攝得足以引起性慾或羞恥之性影像而未遂。

四、次查，本案檢察官係以兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項、第5項之就被告拍攝兒童或少年性影像罪嫌依各別檢察官起訴之犯罪事實分別論以未遂及既遂罪，一審亦認定被告涉犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項、第5項之拍攝兒童或少年性影像罪嫌未遂及既遂罪，僅就檢察官部分起訴事實給予無

罪、不受理之判決，並給予被告緩刑五年之宣告。

五、嗣經，檢察官提起上訴，經二審變更起訴法條，參照最高法院113年度台上字第2621號判決見解，認定對於兒童及少年處於不知被拍攝狀態，以隱匿而不告知之方式偷拍或竊錄兒童及少年性影像，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影像之結果，自屬「違反本人意願之方法」。被告未經A1等兒童及少年同意，以手機偷拍不知情之A1等人裙/褲底影像，違反其等意願，核被告就犯罪事實一所為，違犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項以違反本人意願之方法拍攝少年性影像罪；犯罪事實二至六，分別違犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第5項、第3項，附表所示以違反本人意願之方法拍攝少年、兒童性影像罪，未遂，本件原判決認定被告有其犯罪事實欄所載之犯行，因而撤銷第一審有罪（論處拍攝兒童及少年性影像既、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第36條第3項以違反本人意願之方法拍攝少年性影像（犯罪事實欄一部分）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（犯罪事實欄二至六部分。犯罪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，判決應執行有期徒刑4年2月，實與一審有甚大之差異。

六、再查，被告提起三審上訴，緣行為人以

偷拍方式，未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，對不知情之兒童或少年拍攝其性影像，是否該當本條例第36條第3項構成要件之法律爭議，經三審法院評議後認具有原則重要性，經徵詢最高法院其他刑事庭，仍有不同見解，故於民國114年9月10日以114年度台上大字第1405號裁定向最高法院刑事大法庭提案。經最高法院刑事大法庭於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。」

七、本件最高法院刑事大法庭會為此裁定，無非係因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，故自從法益保護與相關規範體系觀察，刑法妨害性隱私罪之基本構成要件，在於行為人未經被害人同意而為性影像攝錄等行為；至以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反意願方法為之者，則屬加重要件。亦即，妨害性隱私罪所保護者，主要係個人性隱私法益，其基本處罰模式係以「未經同意」為核心，並不以侵害被害人意思自由為必要；至於「強制或違反意願」則係進一步壓抑或妨害被害人性隱私意思形成、決定自由之情形，始足成立加重處罰。因此，「未經同意」與「強制（或違反

意願)」二者規範內涵並不相同，法院於解釋適用時，不得逾越文義，將單純「未經同意」擬制為「強制或違反意願」，而逕予適用加重規定。

八、況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，兒童及少年性剝削防制條例第36條之兒少性影像犯罪，以第1項「拍攝兒少性影像」為基本構成要件；只要行為人拍攝兒少性影像，即已侵害兒少之性隱私及身心健全發展法益，行為本身即具性剝削性，並不以兒少是否知情或同意為要件，亦未排除偷拍之情形。至於以招募、引誘、容留、媒介、協助等方式促使兒少拍攝性影像，或以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反意願方法為之者，則屬同條第2項、第3項所規定之加重處罰要件。因此，以偷拍方式對不知情之兒少拍攝性影像，仍屬第36條第1項拍攝兒少性影像罪之構成要件範圍；僅於行為另具引誘、媒介或違反意願等加重情節時，始適用同條第2項或第3項之加重規定。

九、故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。兒童及少年性剝削防制條例第36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」為加重要件，其規範目的除保護兒少之性隱私

與身心健全發展外，並兼及兒少性隱私意思自由，性質上屬雙行為犯。因此，成立本項犯罪，除須有拍攝兒少性影像之基礎行為外，尚須行為人以該等手段壓抑或妨害兒少對於是否被拍攝性影像之意思形成或決定自由，始得適用加重處罰規定，以偷拍方式對不知情之兒少拍攝性影像者，因兒少對於被拍攝一事並不知情，並未開啟意思形成或決定程序，客觀上亦無壓抑或妨害其意思自由之情形，故既非本條所稱之「詐術」，亦非「其他違反本人意願之方法」，原則上僅成立第36條第1項拍攝兒少性影像罪，而不適用第3項之加重規定。又本條例第36條所稱之「性影像」，因條文未另為定義，應依刑法第10條第8項之規定認定；凡涉及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，即屬之，並不以兒少正在從事性行為或性活動為必要。

十、承上所述，關於行為人以偷拍方式，未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，對不知情之兒童或少年拍攝其性影像，是否該當本條例第36條第3項構成要件之法律爭議，不論依文義解釋、體系解釋及目的論解釋，**兒童及少年性剝削防制條例第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。

十一、本案所涉及之爭議，最高法院刑事大法庭既已就前揭法律爭議做成裁定，依法院組織法第51條之10之規定，本件採為裁判基礎之法律見解，自應受上開大法庭裁定見解之拘束，可資參考。故本件二審法院是否得認上訴人之行為符合本條例第36條第3項之加重要件，乃原判決未予釐清之部分，應認原判決此部分有撤銷發回更審之原因，此最高法院刑事大法庭之裁定內容，應可作為律師為當事人爭取權益時，可以就構成要件為爭執之關鍵，兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項拍攝兒少性影像罪與第3項違反本人意願之方法拍攝兒童或少年性影像罪，其刑度差距甚大，卻值有討論跟主張之空間。

【裁判字號】最高法院115年度台上字第147號刑事判決

【裁判案由】家暴違反兒童及少年性剝削防制條例等罪

【裁判日期】民國115年1月29日

【裁判要旨】

刑事訴訟法第348條第3項規定，上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。其修法理由係為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔。而原審已於準備程序及審判期日確認上訴人係明示僅

就第一審判決關於量刑部分提起上訴，故原判決亦因此說明，原審審理範圍僅及於第一審判決之量刑部分，不及其他（第一審判決認定之犯罪事實、罪名及沒收等部分）等旨；是以上訴意旨若就其他犯罪部分（所犯罪名或犯罪事實）所為指摘，自非上訴第三審之合法理由，縱使本件涉有最高法院114年度台上大字第1405號刑事大法庭提案裁定所載行為人以偷拍方式，未施強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術，對不知情之兒童或少年拍攝其性影像，是否該當本條例第36條第3項構成要件之法律爭議亦同，況且本案與最高法院114年度台上大字第1405號刑事大法庭之犯罪事實顯有不同。

【評釋】

一、按：「上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」，此有刑事訴訟法第348條定有明文。

二、次按：「刑事訴訟法第348條第3項規定，上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。其修法理由係為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔。而原審已於審判期日確認上訴人係明示僅就第一審判決關於量刑部分提起上訴，故原判決亦因此說明，原審審理範圍僅及於第一審判決之量刑部分，不及其他（第一審判決認定之犯罪事實、論罪及相關沒收等部分）等旨；是以上訴意旨若就其他犯罪部分（犯罪事實之態樣及相異之認定）所為

指摘，自非上訴第三審之合法理由。」，此有最高法院114年度台上字第6317號刑事判決、最高法院114年度台上字第5190號刑事判決、最高法院114年度台上字第3762號刑事判決、最高法院114年度台上字第3743號刑事判決、最高法院114年度台上字第3162號刑事判決意旨參照。

- 三、經查，本案案例事實略為：AD000-A114137A明知AD000-A114137（真實姓名年籍詳卷，以下稱A女）係其同父異母之妹妹，為15歲之未成年人。詎AD000-A114137A竟為下列犯行：
- （一）基於違反少年意願使少年被拍攝性影像之犯意，於民國114年1月7日凌晨2時29分許、114年1月10日15時36分許、114年2月3日2時54分許，在其與A女同住之新北市板橋區（餘址詳卷）之住處內，乘A女洗澡之際，未徵得A女同意，即在A女毫無所悉而無從表達反對意思之情況下，以此違反A女意願之方法，將所有之手機自浴室門之破洞處竊錄A女洗澡時所裸露之身體隱私部位，而客觀上足以引起性慾及羞恥之行為之性影像3次；
- （二）基於乘機性交、違反本人意願使少年被拍攝性交行為之影像電子訊號之犯意，於114年2月4日凌晨4時27分許，乘A女熟睡而不能抗拒之際，在上址住處內，將其手指插入A女陰道內，以此方式對A女為性交行為得逞，且未經A女同意即持手機攝錄其與A女為性交行為之影像電子訊號1次，經一審判決5年，經被告上訴至二審亦為上訴駁回。
- 四、經查，最高法院認為關於刑之量定，係

事實審法院得依職權自由裁量之事項；如法院於量刑時，已綜合考量刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，亦未濫用其職權，即不得遽指為違法。原判決已說明第一審就上訴人本件所犯4罪，均已依刑法第59條規定酌減其刑，且審酌上訴人明知被害人為未滿18歲之少女，竟為滿足己身性欲，對其為拍攝性影像或性交行為之影片、乘機性交等行為，重創其身心健康，影響未來人格發展，危害甚鉅；另衡以上訴人坦承犯行之犯後態度、素行、犯罪動機、目的、手段及其智識程度、家庭經濟狀況等一切情狀，各量處如前揭所示之宣告刑，並定其應執行有期徒刑5年，未悖於比例、平等原則或罪刑相當原則；而上訴人迄今仍未與被害人達成和解或為任何賠償，因認第一審所量定之刑並無不當或違法，乃予維持之旨。

- 五、次查，本件原判決已以上訴人之責任為基礎，審酌上揭規定之相關量刑標準，所維持第一審量處之刑，係其裁量權之適法行使，並無濫用自由裁量權限或輕重失衡之情形，且法院之量刑，係綜合全盤整體之犯罪情狀予以斟酌，尚非僅憑有無與被害人和解之意願，或被害人表達之意見等情，為其審酌之唯一標準，仍係以行為人所為犯行之整體情節而為評價、酌量，要非僅執某單一事由予以量刑。況上訴人固於原審希望與被害人進行修復式司法，然經原審告以曾電話聯繫被害人和解意見，被害人係表示不願意到庭、也不願意和解時，上訴人已答稱「不用再次詢問是否進行修復

式司法。捨棄聲請進行修復式司法。」等語。是原判決既已詳予審酌刑法第57條規定之一切情狀而為刑之量定，並已說明如何維持第一審所處之宣告刑及定其應執行刑之理由，自無上訴意旨所指量刑適用法則不當、理由不備及未進行修復式司法之違法可言。

六、本案如於承辦案件遇有二審詢問是否故原判決亦因此說明，原審審理範圍僅及於第一審判決之量刑部分，不及其他

（第一審判決認定之犯罪事實、罪名及沒收等部分）等語，將於上訴時若就其他犯罪部分，例如所犯罪名或犯罪事實而為指摘，會被視為非上訴第三審之合法理由，縱使所涉之爭點可能已有最高法院刑事大法庭之提案，此部分應於二審決定上訴範圍時，應多加留意是否有刑事大法庭之提案或類此之見解足以作為爭取原判決撤銷發回更審之機會，而為決定是否僅就量刑上訴。

全國律師月刊審稿辦法

第一條（法源依據）

為維護社會公益，全國律師月刊之投稿者如非執業律師或未取得律師證書等，不得使用律師名銜、職稱或易使公眾混淆之職稱（包含但不限：所長、合夥人、執行長、法律顧問或資深顧問等）。但其職銜經本會審查同意者不在此限。

第二條（消極資格）

依律師法第三條第三項規定非領有律師證書，不得使用律師名銜。投稿者如有律師法所定消極資格（律師法第五條、第七條、第九條等規定）情形，應予陳報或切結，俾利本會編輯委員會審查。

投稿者應依照本會所附之切結書（附件格式）切結之。

第三條（投稿之審查）

本會依投稿辦法先為程序形式審查並行書面審查。

如投稿者之資格或投稿文件（包含但不限圖照、文字、著作及口述著作等）有違反投稿辦法或學術倫理等，經查證屬實將依本會辦法及決議處理之。如有違反學術倫理之虞或投稿者職銜刊載不當者，亦同。

附件表格

- 現為執業律師 具有律師證照或律師高考及格
- 具有律師法消極資格（事由：_____）
- 登載：學歷或職銜（請填寫：_____）
- 以上若勾選不實，應依法負民刑事責任。

投稿人簽名：

日期：