

滿 16 歲未成年人性私密影像之保護

沈君玲^{*}

目 次

- 壹、導論
- 貳、現行滿十六歲以上未成年人性私密影像保護之法規範
- 參、拍攝、散布滿十六歲未成年人性私密影像之態樣
- 肆、保護法益
 - 一、性隱私權
 - 二、性自主決定權
- 伍、結語及未來可能的修正方向

^{*} 臺灣高等法院刑事庭法官，中國文化大學法律研究所助理教授。

壹、導論

近年「#Mee Too」風潮下，出現許多公眾人物被指控於被害人未成年之時期與其發生性關係，現被害人成年後，認為當年交往、互動之時，被拍下之私密性影像，係受到不當之侵害。婦女救援基金會曾於2017年調查發現1138位受訪者當中，有高達46%的男性及34%的女性，曾經在雙方合意或自拍的情況下拍攝性私密影像，有21%，也就是超過1/5的女性受訪者，拍攝性私密影像時未滿18歲¹，4%的受訪者曾經因性私密影像遭到恐嚇，10%的受訪者性私密影像已經被外流或疑似被外流，有24%因為害怕被別人發現而不敢報案，並且一直在自我譴責的痛苦中。好友、情侶間有時喜歡以拍攝性私密影像為樂，作為彼此交流、認同與信任的見證與維繫，但因性私密影像隨時可能經由網路散布，性隱私內容的公開形同脫韁之馬，後果往往超出當事人的預期，甚至進一步形成犯罪的溫床²。面對自己私密照被公開及大量散布的可能性，不僅被拍攝者日常生活可能被他人指指點點，其固有的人際關係與社會地位也可能會面臨崩解，甚至有尋短的可能。在婦女救援基金會的服務經驗中有半數的私密照都是在情投意合下拍攝或被害人自拍傳給加害人，而在取得影像後，有高達67%的加害人完全沒有告知或威脅案主，就直接將影像散布出去，其中24%的加害人目的為勒索金錢、發生性行為，16%要求復合，24%為單純報復³。

¹ 婦女救援基金會網頁2017年10月23日新聞稿，<https://www.twrf.org.tw/info/title/392>，（最後瀏覽日：2023年9月5日）。

² Todd A. DeMitchell & Martha Parker-Magagna, *Student victims or student criminals? The bookends of sexting in a cyberworld*, https://www.researchgate.net/publication/264599692_Student_victims_or_student_criminals_The_bookends_of_sexting_in_a_cyberworld（最後瀏覽日：2023年9月5日）

³ 婦女救援基金會網頁2016年3月30日新聞稿，<https://www.twrf.org.tw/info/title/453>，（最後瀏覽日：2023

為了遏止類似行為一再出現，我國針對保護個人之性私密影像，於今年出爐許多相關的修法⁴，於刑法增訂第二十八章之一妨害性隱私及不實性影像罪，對於未成年人性影像之保護，於兒童及少年性剝削防制條例加重刑罰的處罰。當被指控之公眾人物以「當時為兩情相悅所為」、「經被害人同意」而拍攝性私密影像，作為抗辯之理由，「得未成年之被害人同意」，是否因而取得免責事由？國內現有文獻對於未經本人同意而散布其性影像行為之研究，已所在多有，但在保護法益的探究上，則著墨不多，針對上開公眾人物之辯詞，對於滿十六歲已取得性自主決定權之未成年人其性影像之保護，則未見著有專作加以研究。著者曾向任教之法律研究所一、二年級學生作出調查，就「滿十六歲未成年人具有性自主決定權於性行為時，經其同意拍攝性影像之行為是否構成犯罪」之問題，大學法律系畢業之研究所學生竟有百分之九十之認為係合法而不應處以刑罰，與現行兒童及少年性剝削防制條例第 36 條之規範並不相符，此國民法感與現行法規範不一致之調查結果，成為本文研究之動機。由於每個社會地區會因該地區人民生活所生共同社會經驗、法律情感觀點而產生不同之價值觀及規範評價標準，外國的普世價值在我國是否即能逕行內化為內國法，亦應與我國現有法律體系及全體人民之法感相一致，才有落實之可能。本文以我國現行社會文化基礎及法律體系，對於「滿十六歲未成年人性

年9月5日)。

⁴ 刑法，112年2月8日總統華總一義字第 11200007241 號令增訂公布第二十八章之一章名及第 319 條之 1~6 條文；並修正第 10、91 條之 1 條文，112年5月31日總統華總一義字第 11200045431 號令公布修正第 319 條之 4 條文。

兒童及少年性剝削防制條例，112年2月15日總統華總一義字第 11200010181 號令修正公布第 2、36、38、39、51、53、55 條條文；增訂第 45-1、52-1、53-1 條。

影像」之保護法益予以探究，以期作為解釋適用相關法規之指引，供作司法個案之判斷適用。

貳、現行滿十六歲以上未成年人性私密影像保護之法規範

2023 年修訂刑法第 10 條規定，所稱性影像者，謂內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：一、第五項第一款或第二款之行為。（即性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。）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。由上開「性影像」規範之定義可知，「性道德」與「性風俗」存在於性影像之描述⁵，立法機關與司法審查機關對於特定的性要素與性的表現形式本身，仍得由其所傳達的社會意義，亦即「男女共營社會生活，其關於性言論、性資訊及性文化等之表現方式，逐漸形塑為社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，而客觀成為風化者」⁶，作為刑法規範禁止之理由。性始終與性慾望的表達形式連結，受到客觀上的社會價值所左右⁷，依照修法理由中所述「如影像或電磁紀錄內容與性相關，容易引人一窺究竟，倘經他人恣意攝錄，其性影像恐將快速外流、散布而難以遏止，造成被害人心

⁵ 廖宜寧，從「妨害風化的猥褻物品」到「妨害性隱私的性影像」—散布性關聯影音圖像之不法性質，月旦法學雜誌，第 327 期，2022 年 8 月，頁 166。

⁶ 司法院釋字第 617 號解釋理由書。

⁷ 廖宜寧，同註 5，頁 167。

理無法抹滅之傷害」關於攝錄、散布性影像等犯罪對被害人之隱私、名譽及人格權所生之損害甚鉅」⁸，性影像之定義「客觀上足以引起性慾或羞恥」的描述，已賦予負面評價的社會價值觀念，亦即妨害風化罪裡所稱之「性道德」或「性風俗」之內涵，則受到性道德、性風俗影響而產生「性影像拍攝、散布」禁止規範之刑罰正當性基礎，亦即保護法益為何之探究，在已具備性自主決定權之滿十六歲以上未成年人同意成為被拍攝者時，即具有相當之意義。

對於未成年人性私密影像保護，依兒童及少年性剝削防制條例第 36 條第 1 款至第 5 款規定：「拍攝、製造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 38 條第 1 項至第 4 項規定：「散布、播送、交付、公然陳列或以他法供人觀覽、聽聞兒童或少年之

⁸ 行政院版中華民國刑法部分修文修正草案總說明。

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，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。意圖散布、播送、交付或公然陳列而持有前項物品者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。意圖營利犯前二項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。販賣前二項性影像、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，亦同。第一項及第三項之未遂犯罰之。」第 39 條第 1 項規定：「無正當理由持有兒童或少年之性影像，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰金。」由上可知，對於未成年人性影像之保護，連單純無正當理由持有即構成犯罪，可謂保護達密不透風之周全。然而，透過以下之案例得以看出立法上對於未成年人性關聯之法益保護，並不一致⁹：

行為人以網路交友軟體結識滿十六歲之未成年少女，雙方約定在其住處發生性行為（非性交易），於兩情相悅的性行為過程中，行為人經滿十六歲未成年少女同意後持手機拍攝其與全身赤裸之滿十六歲未成年少女為性交之性行為過程（總長 10 分 30 秒）存於手機中，嗣後為警查獲該未成年少女涉犯他案，因行為人剛好與未成年少女聯繫，為警循線查獲行為人所持手機上開存檔內容（未有散布行為），未成年少女事後表示影片確係經其同意拍攝而無提出告訴之意，並不希望行為人被關，行為人辯稱：當時不知與滿十六歲少女發生性行為時，經其同意拍攝影片是違法的等語。

過去刑法妨害性自主罪章、性侵害犯罪防治法之增修背景，

⁹ 臺灣高等法院刑事判決 111 年度上訴字第 4960 號判決參照。

多係強調女性被害人的脆弱性，推導至重刑化、專法化需求的取向上。然而在性侵害規範上所強調性自主法益之特殊性，進而衍生出的各種規範、解釋，能否移植至對於「性隱私」的保護上？尤其當刑法就未成年人之性自主決定權之保護，係以十六歲作為界線¹⁰（刑法第 227 條第 3 項、第 4 項、第 233 條），認為滿十六歲之未成年人應具有性自主決定權，其自主決定發生之性行為，無須動用刑罰加以保護，惟在兒童及少年性剝削防制條例之立法規範上，為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展（第 1 條規定），則係以十八歲作為法益保障之界線¹¹（第 2 條第 2 項規定，被害人指遭受剝削或疑似遭受性剝削之兒童或少年），認為「拍攝、製造、散布、播送、交付、公然陳列或販賣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」係屬兒童或少年性剝削（第 2 條第 1 項第 3 款規定），應施以高達最輕 1 年以上有期徒刑之刑罰制裁（第 36 條規定）。則在界於十六歲至十八歲之未成年性法益之保護，在兩部法律規範上，產生不一致之情形，亦即，滿十六歲之未成年人在與他人發生性行為時，得以享有性自主決定權，法律不強加規範保護，惟在其享有性自主決定權，發生性行為之際，經未成年人同意拍攝性行為過程之影片，則犯兒童及少年性剝削防制條例第 36 條第 1

¹⁰ 刑法第 227 條第 3 項、第 4 項規定：「對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以上有期徒刑。對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以上有期徒刑。」

第 233 條規定：「意圖使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介之者，處五年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。意圖營利犯前項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科十五萬元以下罰金。」

¹¹ 兒童及少年性剝削防制條例第 2 條第 2 項規定：「本條例所稱被害人，指遭受性剝削或疑似遭受性剝削之兒童或少年。」

項¹²之罪，應施以最輕 1 年以上有期徒刑之刑罰，如在過程中有勸誘未成年人拍攝之行為，則犯同條例第 36 條第 2 項之罪¹³，更應處罰高達最輕本刑 3 年以上有期徒刑之刑罰，其法定刑度已達與強制性交罪¹⁴相當（亦與引誘他人施用第一級毒品罪¹⁵、發起、主持、操縱或指揮犯罪組織罪¹⁶、放火燒燬現非供人使用之他人住宅罪¹⁷等社會一般重罪之法定刑罰相當），對於已可自決為性行為之滿十六歲未成年人性私密影像之規範，實應細究其保護法益，以期達到與其他法益保護之平衡。

參、拍攝、散布滿十六歲未成年人性私密影像之態樣

根據衛生福利部保護司於 2022 年兒童及少年性剝削通報被害人概況之統計¹⁸，因拍攝、製造兒童及少年為性交或猥褻行為之物品之案件共計 1963 件（男 655 件、女 1308 件），其中被害人滿 15 歲未滿 18 歲合計 858 件（男 366 件、女 492 件）。

¹² 兒童及少年性剝削防制條例第 36 條第 1 項規定：「拍攝、製造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，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」

¹³ 兒童及少年性剝削防制條例第 36 條第 2 項規定：「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。」

¹⁴ 刑法第 221 條第 1 項規定：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」

¹⁵ 毒品危害防制條例第 7 條第 1 項規定：「引誘他人施用第一級毒品者，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。」

¹⁶ 組織犯罪條例第 3 條第 1 項規定：「發起、主持、操縱或指揮犯罪組織者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金。」

¹⁷ 刑法第 174 條第 1 款：「放火燒燬現非供人使用之他人所有住宅或現未有人所在之他人所有建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機者，處三年以上十年以下有期徒刑。」

¹⁸ 衛生福利部保護司<https://dep.mohw.gov.tw/dops/cp-1303-67398-105.html>，2021-2022 年兒童及少年性剝削通報被害人概況之統計
[file:///D:/win10/Downloads/%E5%85%92%E7%AB%A5%E5%8F%8A%E5%B0%91%E5%B9%B4%E6%80%A7%E5%89%9D%E5%89%8A%E9%80%9A%E5%A0%B1%E8%A2%AB%E5%AE%B3%E4%BA%BA%E6%A6%82%E6%B3%81-%E8%A1%8C%E7%82%BA%E6%85%8B%E6%A8%A3X%E5%B9%B4%E9%BD%A1X%E6%80%A7%E5%88%A5\(111\).pdf](file:///D:/win10/Downloads/%E5%85%92%E7%AB%A5%E5%8F%8A%E5%B0%91%E5%B9%B4%E6%80%A7%E5%89%9D%E5%89%8A%E9%80%9A%E5%A0%B1%E8%A2%AB%E5%AE%B3%E4%BA%BA%E6%A6%82%E6%B3%81-%E8%A1%8C%E7%82%BA%E6%85%8B%E6%A8%A3X%E5%B9%B4%E9%BD%A1X%E6%80%A7%E5%88%A5(111).pdf)（最後瀏覽日：2023 年 9 月 5 日）。

2018 年 10-12 月間，以臺灣六都之國中、高中（職）青少年為進行問卷調查（抽樣 64 所學校完成 1,500 份有效問卷）發現：裸露自拍的盛行率比例約在 1% 上下，青少年傳送自身及傳送別人的裸露自拍影像，比例分別約為 0.5% 及 2%；另有將近 10% 的青少年曾收過他人所傳之裸露影像，有 1.2% 的青少年會繼續轉傳。若將裸露自拍的比例換算成六都青少年人口，1% 約為 9,600 人，與前述業經報案之數字統計落差可知，相當於有近萬的青少年成為網路兒少性剝削的潛在受害者¹⁹。

拍攝、散布性未成年人私密影像之態樣中，實務上較常見的有二，一為「情色簡訊」²⁰（或「性訊息」²¹）（Sexting），二為「情色報復」（Revenge Porn）。「情色簡訊」廣義是指透過網路和手機製造、傳遞或私下交換兒少自製性圖片、短訊或視頻的行為，即性隱私內容的參與者係出於自願拍攝並合於意願傳送予特定第三人。美國國家失蹤及被剝削兒童中心（National Center for Missing and Exploited Children, NCMEC）²² 定義「情色簡訊」是指透過手機分享和接收露骨的情色信息以及裸體或部分裸體圖像。未成年人有各種理由可能傳送情色簡訊，包括與男朋友或女朋友建立親密關係，給暗戀對象留下深刻印象，或僅只是為了表現得有趣，或在被威脅分手的壓力而被迫發送情色簡訊照片²³。情色簡訊通常發生在三種關係中：一是情侶

¹⁹ 衛生福利部保護司專案，陳易甫、陳時英、洪芳婷，青少年自拍認知及行為調查，展翅，第97期，2019年5月，頁10。

²⁰ 蕭郁澹，性隱私內容外流風波—從美國立法例論我國違反本人意願散布性隱私內容之入罪化，科技法律透析，第28卷10期，2006年10月15日，頁27-55。

²¹ 陳易甫、陳時英、洪芳婷，青少年自拍認知及行為調查，同註19，頁10。

²² "Sexting is the sharing and receiving of sexually explicit messages and nude or partially nude images via cell phone." <https://www.missingkids.org/netsmartz/topics/sexting>（最後瀏覽日：2023年9月5日）

²³ "Sexts may be sent as regular text messages through apps, like Snapchat, and WhatsApp or through online

間；二是情侶與第三方間；三是一方希望與另一方展開關係時²⁴，以情色簡訊作為交往、認同或信任的指標，並不全然必有加害人或受害人²⁵。未成年人傳輸以自身為符合兒童色情定義之內容，該行為亦稱為「自為剝削」(Self-exploitation²⁶)或「自產兒童色情物品」(Self-produced Child Pornography, SPCP)，通常為情色報復之前階行為²⁷。而「情色報復」之內涵，從一開始限於親密關係將「性隱私內容外流」作為報復手段，到現在通說以「違反本人意願散布性隱私內容」(Nonconsensual Pornography)²⁸為其內涵，強調「違反本人意願」之散布性隱私內容。當今網路世代，合於意願拍攝性隱私內容已屢見不鮮，若前階段經同意之拍攝行為係合法，後階段的散布又合於本人意願，則屬情色簡訊，情色簡訊若未違反性隱私內容本人之意願，將之散布，係涉及善良風俗或兒少保護之問題²⁹，惟合於意願拍攝不必然等同合於意願散布，性隱私內容之本人就該內容是否有隱私期待，或是否確實因散布行為受有損害，可作為後階段是否違反本人意願而為散布，應否加重刑罰之判斷。

games. Teens may sext for a variety of reasons. They may be trying to establish intimacy with a boyfriend or girlfriend, impress a crush, or be funny. Others may feel pressured into sexting by online or offline boyfriends or girlfriends who may threaten to break up with them if they don't send a picture." Id. (最後瀏覽日:2023年9月1日)

²⁴ 蕭郁澹，同註20，頁30。

²⁵ Lara Karaian, *Lolita Speaks: "Sexting," Teenage Girls and the Law*, 8 *Crime Media Culture* 57,65 (2012). <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1741659011429868?journalCode=cmca> (最後瀏覽日:2023年9月5日)。

²⁶ Lara Karaian, *What Is Self-exploitation? Rethinking the Relationship between Sexualization and 'Sexting' in Law and Order Times*, *Children, Sexuality and Sexualization* (2015). https://link.springer.com/chapter/10.1057/9781137353399_21, (最後瀏覽日:2023年9月5日)。

²⁷ Whitney Strachan, *A New Statutory Regime Designed to Address the Harms of Minors Sexting While Giving a More Appropriate Punishment: a Marrying of New Revenge Porn Statutes with Traditional Child Pornography Laws*, 24 *S. Cal. Rev. L. & Soc. Just.* 267, at 281 (2015).

²⁸ Danielle Keats Citron & Mary Anne Franks, *Criminalizing Revenge Porn*, 49 *Wake Forest L. Rev.* 345.

²⁹ 蕭郁澹，註20，頁31。

聯合國《關於買賣兒童、兒童賣淫和兒童色情製品問題之兒童權利公約任擇議定書》³⁰考慮到為了進一步實現《兒童權利公約》的宗旨並執行其各項規定，應當擴大各締約國應為確保保護兒童免遭買賣兒童、兒童賣淫和兒童色情製品之害而採取的各項措施。關注網路和其他不斷發展的技術提供的兒童色情製品越來越多，並回顧打擊網路上的兒童色情製品國際會議(1999 年，維也納)，特別是其結論要求世界各地將兒童色情製品的製作、分銷、出口、傳送、進口、蓄意擁有和廣告宣傳，應按刑事罪論處。依聯合國《兒童權利公約》³¹第 1 條規定，為本公約之目的，兒童係指未滿十八歲之人，因而未滿十八歲之兒少性影像本身就被認定是傷害兒少的違法內容。

兒童及少年性剝削防制條例第 36 條基於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，區分「直接拍製型」、「促成合意拍製型」、「促成非合意拍製型」、「營利拍製型」、「未遂型」等 5 種不同類型，而予以罪責相稱之分層化規範，以達保障兒童及少年權益之立法目的，並符合罪刑相當原則、比例原則之憲法誠命。所謂「直接拍製型」係指行為人得同意而直接拍攝、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(同條第 1 項，圖畫等以下統稱畫面)；「促成合意拍製型」係指行為人採取積極之手段，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

³⁰ <https://www.cylaw.org.tw/about/crc/27/124>，(最後瀏覽日:2023 年 9 月 5 日)。

³¹ <https://crc.sfaa.gov.tw/PublishCRC/CommonDetail?documentId=45733006-3802-4A3F-BBA1-91D23E1195AE>，(最後瀏覽日:2023 年 9 月 5 日)。

之畫面（同條第2項）；「促成非合意拍製型」係指行為人以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，促使兒童或少年被拍攝、製造性交或猥褻行為之畫面（同條第3項）；「營利拍製型」則指行為人意圖營利而犯前述三種類型之行為（同條第4項）；「未遂型」則指上開各行為之未遂犯（同條第5項）。實務上認為，第36條第2項之「促成合意拍製型」所稱之「他法」，係指行為人所採取之積極手段，與招募、引誘、容留、媒介或協助等行為相類似或介入、加工程度相當，而足以促成兒童或少年合意被拍攝、製造性交或猥褻行為之畫面者而言。此與同條第1項之「直接拍製型」係行為人單純得同意而拍攝、製造，未為其他積極介入、加工手段之情形，並不相同。倘行為人僅單純告知兒童或少年並獲其同意（下稱「告知後同意」）而拍攝、製造兒童或少年性交或猥褻行為之畫面，並未進一步額外施加上開介入、加工手段，應屬同條第1項「直接拍製型」之規範範疇，非屬「促成合意拍製型」之規範目的。至於單純「告知後同意」之告知方式，無論係單純以詢問、請求、要求等方式為之，均無不可。惟倘行為人係另行施加前揭積極之介入、加工手段，而詢問、請求或要求被害人同意，則已逸脫同條第1項「直接拍製型」之規範目的，而屬同條第2項之「促成合意拍製型」要件。就促成拍攝、製造之行為而言，無論是兒童、少年之合意或非合意拍攝、製造行為，該條例之規定，均予處罰，只是法定刑輕重不同而已³²。依實務見解，此係立法明文方式揭槩不容許兒童、少年放棄或處分其身心健全發展之基本人權，俾免因任何非法之性活動而遭致性剝削之旨。

³² 最高法院 111 年度台上字第 994 號判決意旨參照。

滿十六歲之未成年人雖已有性自主決定權，在其與他人發生性行為或自為展露足以引起性慾或羞恥之身體隱私或行為時，拍攝性私密影像之態樣，不論是違反其意願之情形拍攝或未違反其意願之拍攝，依現行法規，均構成犯罪。於得滿十六歲未成年人之同意而拍攝性影像之行為，包括引誘其自行拍攝自身之性影像而傳送給加害人，構成兒童及少年性剝削防制條例第 36 條第 2 項之罪³³、經少年同意為性行為時拍攝性影像留存，亦構成該條例第 36 條第 1 項之罪³⁴，惟於少年處於不知被拍攝之情形下被偷拍，則被視為違反其意願而拍攝，構成該條例第 36 條第 3 項之罪³⁵。

正當化以刑罰對於滿十六歲未成年人性影像加以保護之法益，與刑法以十六歲作為界線所保護之性自主法益，應有所不同，否則不致於滿十六歲之未成年人可自主決定與他人發生性行為，但於發生性行為時若經他人勸誘自行拍攝、或自行同意被拍攝性私密影像時，為法所不許，且其罪責係處以不得易科罰金之重刑，尤其當滿十六歲之未成年人為滿足自身性權利與他人發生兩情相悅之性關係時，造成滿十六歲未成年人對於與他人發生性關係「可以做但不能拍」之現象，是否與國民法感造成一定程度的扞格？就此種態樣下之未成年人之保護法益，究有無造成法律衝突？

³³ 最高法院 108 年度台上字第 3438 號判決、臺灣臺中地方法院 112 年度訴字第 569 號判決參照。

³⁴ 臺灣高等法院 111 年度上訴字第 4960 號判決參照。

³⁵ 最高法院 111 年度台上字第 1838 號判決參照。

肆、保護法益

在被害人未同意而拍攝私密照之情形下，應可認定構成隱私侵害，或構成未成年人的拍攝禁止，就此受到刑法禁止的前行為，與散布禁止流通的內容係構成同一法益的加重侵害，有處罰之必要性。若被害人在同意情況下僅拍攝私密照未有散布之行為，此時能否獨立出「被拍攝者對於私密照期待不受公開的利益」，而依此加以處罰³⁶？情侶間之拍照行為「行為人得被害人同意拍下私密照」既已屬行為人知悉之內容，其隱私強度相較於違法取得之類型顯然較低，獨立出應受到保護的隱私利益，從需要保護的角度而言，自有相當疑慮。對於隱私內容的保護應同時兼及前階段刺探與後階段散布行為，自以違法取得的隱私為前提。然而，為何具有性關聯的隱私利益就應該擴大保護？若從保護未成年人性成長利益來看，似乎係企圖實現「性活動應具有隱密性與非公開性」的「性價值秩序」，強調任何裸露、性行為皆不能揭露於眾，以貫徹性活動隱私³⁷。兒童及少年性剝削防制條例第1條揭示之立法目的「為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展」除對於侵害個別兒少被害人之保護外，是否尚涵蓋對「社會善良風俗」之保護？有論者認本條之規範目的在於禁止未成年人性影音圖像在社會中大量傳遞散布，使其他社會成員因而有機會接觸到此類影像，屬純粹的性風俗犯罪³⁸，惟就實務案例無一例外地就行為人散布未成年人性影像造成被害人所受負面影響作為論罪判斷之理由，從司法機關之解讀可知，此刑罰之規定所保護

³⁶ 許恒達，散布私密照加重刑責之研議，月旦法學雜誌，第241期，2015年6月，頁246。

³⁷ 許恒達，同上註，頁250。

³⁸ 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，1期，2016年6月64頁。

之法益，似已從維持社會多數成員主觀抽象情緒狀態，亦即「引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性道德感情」之社會風化概念，轉換為以個人法益之保護之犯罪規範，純屬個人法益之保護。然此內涵究竟為何？不可諱言的，性道德、性風俗之觀念透過個人的內化，已成為個別主體私領域的核心及形塑其人格上自我認同的關鍵要素，因而取得刑法介入的正當性³⁹。在取得性自主決定權之情形下，法律不容許滿十六歲未成年人自行決意、處分被拍攝性影像之保護法益，係侵害被害人何種個人法益，即有深究之必要。

年滿十六歲之未成年人得同意與他人發生性交行為，於過程中經未成年人同意拍攝二人之性行為過程，法律是否應予評價具有可罰性，應依該性影像之拍攝行為是否造成實質危害，並依所涉及之基本權利（例如言論、表意自由及至思想自由、性自主決定自由）加以檢驗公權力措施之合憲性⁴⁰。政府的限制措施若是建立在外在行為或物品所造成之實質危害，即可能通過憲法的檢驗，但政府的限制措施若著眼於所產生的心理、精神效果而與他人不直接相關，即可能僅涉及人民內在精神活動，則未必得以通過憲法思想、表意自由的檢驗⁴¹。美國實務早在 1990 年即表明，保障未成年人免於受身體與心理傷害係屬重大迫切利益，政府處罰持有或觀覽真實兒童猥褻物品者，係為消滅市場、避免兒童被誘使拍攝，得以通過憲法的檢驗⁴²。

³⁹ 廖宜寧，同註 5，頁 167。

⁴⁰ 許昭元，論以深度偽造（deepfake）技術製造性私密影像是否受憲法思想自由之保障——以我國近期刑法條正草案為對象，憲政時代季刊，第 46 卷第 4 期，2023 年 1 月，頁 467。

⁴¹ 許昭元，同上註。

⁴² Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103, 109-10(1990).

我國現行實務之見解，亦一致認為兒童及少年性剝削防制條例禁止拍攝、製作、散布兒少之性影像等規範，乃在保護未滿18歲兒童及少年之身心健全發展，防制遭受任何形式之性剝削，其禁止兒少性影像之拍攝、製作及散布等行為，具普世價值，且世界各法治國及聯合國兒童權利公約均有相關規範，拍攝、製造、散布、播送、交付、公然陳列或販賣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，即屬於兒童或少年性剝削，不容許兒童、少年放棄或處分其身心健全發展之基本人權，不法內涵已轉向當事人基本人權之保護，認定性影像與個人私密領域、人格領域緊密相連，本條規定之保護法益，係屬未成年人個人法益，與最新修正刑法將保護個人之性私密影像，於刑法保護法益屬個人法益之第二十八章妨害祕密罪之後，增訂第二十八章之一妨害性隱私及不實性影像罪相呼應，則就保護法益之定性，應屬個人法益，包括名譽權、性隱私權、性自主決定權之保護。本文以下就保護個人法益中有關之「性隱私權」及「性自主決定權」提出討論。

一、性隱私權

依司法院釋字第603號解釋之意旨，基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利。「性隱私權」指個人對於自身「與性相關」之隱私事項不為他人所知悉、蒐集或利用之權利，當資訊內容涉及「性私密部位」、「色情」等材料時，一般人均有較高的隱私期待，

基於內容的高度敏感性及一旦被散布極有可能高度侵害人格自由發展以及人性尊嚴，因此相較於一般其他個人資訊隱私，應受到更高程度的保護。

當新修刑法關於「性影像」之定義為：客觀上足以刺激或滿足性慾，內容與性器官、性行為與性文化之描繪與論述連結，且須引起一般人羞恥或厭惡，而侵害性的道德感情、有礙於社會風化，核與司法院大法官會議解釋釋字第 407 號、第 617 號解釋對於「猥褻」之定義相仿，具妨害風化罪裡所稱之「性道德」或「性風俗」之內涵，行為人散布被拍攝者性影像之行為，將為被拍攝者引來他人或公眾對其自我之關注與審視，被拍攝者之自我被迫呈現於他人或公眾目光之中，侵害隱私權所強調個人有權享有獨處、不受干擾之利益，從被拍攝者分享給特定人觀賞的行為決定來看，行為人散布性影像，擴張了被拍攝者隱私事項之傳送範圍，而侵害被拍攝者對於自我資訊之控制權，亦係對於隱私權之侵害。性隱私內容與一般隱私內容不同，與性相關之事向來受到較高的隱私保護，由於影像內容與性密切相關，將連結到性屈辱之施加，使被拍攝者自我最脆弱之一面被迫展示為他人所見，更使得社會文化下普遍對於性的高度隱密性期待，為被拍攝者引來強烈的羞恥感，可認為隱私權侵害中最嚴重的類型⁴³。

刑法所關注的重點在於個人權利之保護，自不得忽略現實情形下權利保護之需求⁴⁴，在性隱私權之保障，無法亦不得無

⁴³ 簡筱芸，論性隱私權侵害之刑事評價——以散布性影像行為為中心，國立臺北大學法律學系碩士論文，111 年 3 月，頁 26。

⁴⁴ 盧言珮，論妨害性自主罪章中之他人意願——以強制性交罪為主，東吳大學法律學系碩士論文，2010 年 1 月，頁 105。

視於性羞恥感對於被害人心理層面造成嚴重侵害之現實⁴⁵。在刑事規範上，國家除應保障自我情欲展現行為外，對於因身體隱私遭揭露，感到受性屈辱的被害人，亦應以法律加以保障⁴⁶。目前社會上人們就裸體、性活動確實存有性羞恥感，而侵害性隱私之行為，除了本質上屬於個人隱私之侵害外，更因性羞恥感的存在（包含大眾對於性的態度、被害人內化社會觀念後的態度），連結到社會上產生的貶抑性，對於被害人造成了更為嚴重的屈辱，而在隱私保護上有著更強烈的需求⁴⁷。性隱私權之保障，讓人們保有一個空間能夠進行自我的性探索，個體保有一定空間免於社會大眾對於自己性活動的指責，如此空間之提供，亦係性隱私權的價值所在。考量性羞恥感對於被害者的心理傷害，在隱私權法制上應給予較高保障，當性隱私權藉由揭露性影像之行為態樣被侵害時，應發動刑罰加以制裁。

惟對滿十六歲之未成年人經其同意僅有拍攝行為，或其自行拍攝傳送予特定人之行為，未有散布之情形下，法律仍定位為具有可罰性，傳統侵害隱私權之探究，即無從釋明。依兒童及少年性剝削防制條例第1條規定之立法理由，為防杜拍攝、製造兒童、少年為性交或猥褻行為之畫面，而侵害其身心健全發展之基本人權，就「性隱私」法益保障，因該資訊之內容涉及性私密部位，具有高度敏感性，一旦被散布極有可能高度侵害人格自由發展及人性尊嚴，相較於一般其他個人資訊隱私，應受到更高程度的保護，對於隱私權內涵中之「個人資訊自決權」，亦即個人得自主控制自身資訊公開之內容及意願，由於未

⁴⁵ 簡筱芸，同註43，頁92。

⁴⁶ 簡筱芸，同上註，頁93。

⁴⁷ 簡筱芸，同上註，頁94。

成年人對於性隱私之自我判斷力與保護意識尚未完全成熟，其所為之同意，應可認尚無完整之行為能力，其難以意識到其一時因為同儕壓力或其他種種原因所為的自我剝削行為，將會對他未來的人格發展造成怎樣的影響，因而，依據聯合國《兒童權利公約》第 34 條及《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》之精神，認兒童色情案件在國際社會既經認定係對兒童及少年性虐待及性剝削之具體呈現，屬最嚴重犯罪之一，兒少性影像本身就被認定是傷害兒少的違法內容，以任何方式使他人觀覽或取得該內容，都是對被害兒少的再度傷害，與散布成人色情猥褻物品的意義並不相同，於尚未散布之前階拍攝行為階段，依實務調查經驗判斷，為保護其極有可能連結後續散布行為，而依危險犯之概念提前介入保護，拍攝兒少性私密影像行為即構成犯罪，且以未成年人無成熟、完整個人資訊自決權行為能力作為基礎，認定其無自行處分、同意「被拍攝性影像」性隱私之行為能力，故經其同意之拍攝，亦不能阻卻違法。

二、性自主決定權

我國於 1999 年將刑法原章名「妨害風化罪」改為「妨害性自主罪」，修法理由中指出，處罰性犯罪所保護之法益為侵害個人性自主權及身體控制權，而非妨害風化，改以性自主法益作為保護目的。「性自主決定權」為人民在不違反法令下，能自由決定與何人、在何時、以如何之方式進行性行為的權利⁴⁸，為

⁴⁸ 林志潔、金孟華，美國女性主義法學發展與性侵害防制法之改革，月旦法學雜誌，第 182 期，2010 年 7 月，頁 150。

自然人自主支配自己性利益的具體人格權，每個自然人都享有性的利益，任何人皆不得干預和侵害⁴⁹。性自主決定權除能自由地展現並實踐其個人情慾之積極面向外，並包括能保有免於受他人干擾和侵犯的消極面向⁵⁰。從廣義性自主決定權以觀，個人自行或同意他人拍攝自己的性影像，屬於性自主權的積極行使，個人有權決定以自拍或他人透過拍照或錄影的方式記錄個人的隱私部分或性生活而為自我情慾的展現，這種「性實踐」之性自主積極面行為應受到尊重⁵¹，法律亦應保障個人得以在安全且友善的環境下予以實踐⁵²。惟即使被拍攝者同意或自行傳送給特定人觀賞，並不表示其默示同意性影像散布予其他人觀賞，法律應保護其性自主免於受到其他人干擾或侵犯之權利。

未經同意而散布性影像，構成對於性自主決定權實踐之侵害，然而未散布前僅有拍攝得滿十六歲未成年人同意之性影像行為，或其自行拍攝傳送行為人之行為，是否同具刑罰之可罰性？刑法並不處罰與滿十六歲未成年人之性交或猥褻行為，表示肯認滿十六歲以上之人擁有性自主決定能力，與之發生合意性行為並未侵害未成年人個別的性自主法益，對於滿十六歲至十八歲之未成年人，即使刑法已認定此間距之未成年人有性自主能力，兒童及少年性剝削條例仍禁止其於自願性地與他人為性行為時，同意展露自己隱私部位之自拍，或同意他人拍攝其私

⁴⁹ 蕭郁澹，同註20，頁45。

⁵⁰ Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, Four Essays On Liberty, (Oxford, England: Oxford University Press, 1969), p. 118-172.

https://cactus.utahtech.edu/green/B_Readings/I_Berlin%20Two%20Concepts%20of%20Liberty.pdf (最後瀏覽日:2023年9月5日)。

⁵¹ Rachel Budde Patton, Taking the sting out of revenge porn: using criminal statutes to safeguard sexual autonomy in the digital age, 16 Geo. J. Gender & L. 407,417-19 (2015).

⁵² 蕭郁澹，同註20，頁46。簡筱芸，同註43，頁27。

密部位或性行為。當行為人直接拍攝性意識尚不成熟之未成年人之色情影像，一方面讓未成年人與性相關的裸體姿態入鏡，二方面該入鏡後的裸體姿態可能會外流，這兩種效果同樣有害未成年人身心健全發展，故立法者處罰散布及意圖散布而持有行為，惟拍攝與製造雖都用以產出未成年人的色情影像，但其行為內容實際上有相當差別，拍攝應屬於最前端將未成年人性交、猥褻行為初步圖像或影視化的行為，而製造則包括原始檔的後製與加工檔的形成，甚至大規模生產，而有階段性差別，就拍攝而言，應分為兩類觀察⁵³：

第一類是情侶之間（一方為未成年人）互相拍攝下來的個人紀錄，包括前述之「情色簡訊」，此具有高度私密特性，倘若無任何外流情事，若欲以刑罰介入管制，公權力之施加從檢警之偵查到法院之審判，不只對於二人的人格與感情造成影響，亦影響未成年人生活之安寧，以個人法益之觀點，認拍攝行為已侵害未成年人性健全成長法益，具有可罰性，此見解是否會漠視滿十六歲未成年人已具有性自主決定權，亦即其可以自行決定與誰發生性關係，刑法基於何理由禁止其同意讓其情人拍攝其裸照⁵⁴？在合法或非法的判斷上，皆不可偏離「社會事實」，法律之適當性及有效性的判斷，皆取決於法律之目的、功能與作用，基於福利保護之立場來規範「兒童少年性剝削」之防治，立法者是否有寄予過高的期望，對於法制目的未作有效的社會調查及宣傳教育，未充分與執行機關作協調溝通，或法制目的

⁵³ 許恒達，同註 38，頁 62。

⁵⁴ 許恒達，同上註。

未被廣泛瞭解並接受的結果，法律執行的極限即受到挑戰⁵⁵。尤其當情侶兩方皆為未成年人時，究竟共同拍攝之性影像，何人為加害人，何人為被害人，即產生可罰性之爭議。單純未成年情侶之間出於情趣，拍攝或以對方原始檔圖片加工或製造，而無散布意圖之行為，有學者認應排除刑罰之處罰，認拍攝行為人一開始並無散布意圖，若事後有散布行為，可透過第38條之散布行為規定處罰即足(法定刑相當)，根本不必另行處罰最初的拍攝行為⁵⁶。本文認為就滿十六歲未成年人情侶間情慾展現之拍攝行為，本就以僅止於情侶間相互觀賞之目的，若無散布之意圖，且被拍攝者亦可能無提起訴追之意，於刑罰之發動上，既係基於社會秩序及公共利益之維護，認未成年人對於「被拍攝性影像」之性自主決定權及資訊自決權應受到限制，而有維護性道德秩序、社會風俗之社會法益意涵在內，是否可仿「血親相姦罪」⁵⁷，或仿以保護成年人性隱私個人法益之「妨害性隱私罪」⁵⁸，就滿十六歲已取得性自主決定權得與他人發生性行為之未成年情侶間「單純無散布意圖之拍攝性影像行為」，於立法上增訂以告訴乃論為訴追條件⁵⁹，而不致與被害人之法律情感相違，作為執法之緩衝為宜。

第二類是行為人獲得未成年人之同意，拍攝其色情影像之目的，是供對外販賣或散布之用，此行為其實與合意型猥褻行

⁵⁵ 施慧玲，論我國兒童少年性剝削防治立法—以兒童少年福利保護為中心理念之法律社會學觀點，中正大學法學集刊，第2期，1999年7月，頁67-70。

⁵⁶ 許恒達，同註38，頁63。

⁵⁷ 刑法第230條：「與直系或三親等內旁系血親為性交者，處五年以下有期徒刑。」

⁵⁸ 刑法第319條之1：「未經他人同意，無故以照相、錄影、電磁紀錄或其他科技方法攝錄其性影像者，處三年以下有期徒刑。」

⁵⁹ 參照刑法第236條規定：「第二百三十條之罪，須告訴乃論。」

刑法第319條之6規定：「第三百十九條之一第一項及其未遂犯、第三百十九條之三第一項及其未遂犯之罪，須告訴乃論。」

為有一定程度重疊，其可罰性在於基於散布、營利目的拍攝兒少裸照，侵害其性意識與認知的正常發展，行為人意圖散布而拍攝兒少裸照，其散布意圖將帶來裸照的外流，亦違反社會「不容接觸兒少色情」之性道德風俗，將造成兒少將來不可預知之損害⁶⁰。

對於性自主決定權之自主決定範圍，是否可從刑法所規範之「能自由決定與何人、在何時、以如何之方式進行性行為」的權利，係以人類生理發展情慾實現自主支配自己性利益之人格權，擴大至「能自由決定與何人、在何時、以如何方式拍攝其自身性影像」之性活動權利？亦即刑法就滿十六歲之未成年人除同意與他人發生性行為，法律不加以規範，而其性自主決定之範圍，包括「被拍攝性影像」之性活動？依未成年人身心發展尚未成熟，對於因身體隱私若遭揭露，依目前社會風俗就裸體、性活動仍存有性羞恥感，將會對被拍攝者產生貶抑性，進而對被拍攝者造成性屈辱，故難認未成年人對未來身心發展影響之判斷，已臻周全，故應認為滿十六歲之未成年人雖得以自主決定與他人進行性行為，但對於「被拍攝性私密影像」之性活動部分，不具有性自主決定權，而得自行處分。

從性自主決定權作為保護法益觀察拍攝性影像之侵害，若認為刑法性自主決定權之範圍除「包括能自由決定與何人、在何時、以如何之方式進行性行為」，亦包括「能自由決定與何人、在何時、以如何方式拍攝其自身性影像」的性活動，則僅係影響被拍攝者個人是否拍攝的意願，使其性實踐之自由受到制約，似不足以支撐刑罰權之發動。若從性隱私權作為保護法益，觀

⁶⁰ 許恒達，同註 38，頁 62。

察社會輿論對於被害人之行為所產生制約效果，行為人藉由隱私揭露（隱私權侵害）之方式，利用社會輿論影響被害人，不僅係對被害人隱私權之侵害，亦侵害性實踐自由之保障。由釋字第603號解釋揭示「資訊隱私權」為隱私權之範圍所及，人民就其個人資料除了有決定是否揭露之權利，亦有權決定揭露的「範圍、時間、內容與對象」之權利，從協同意見書所載：即使個人自願公開其資訊，仍得就違反其授權目的或範圍之侵害行為，主張受有隱私權之侵害⁶¹以觀，滿十六歲之未成年人是否具有資訊自決權而得決定自願公開其身體隱私資訊？為保障其心智尚未成熟，無從判斷其事後引發社會輿論對於其行為產生之制約效果及其個人因社會評價而內化之性羞恥感產生的貶抑性，造成了更為嚴重的屈辱，一旦被散布極有可能高度侵害未成年人之人格自由發展及人性尊嚴，故縱使法律保障並尊重個人有權決定以自拍或他人透過拍照或錄影的方式記錄個人的隱私部分或性生活而為自我情慾的展現的「性實踐」，對於隱私權內涵中之「個人資訊自決權」（亦即個人得自主控制自身資訊公開之內容及意願），應認為未成年人對於性隱私之自我判斷力與保護意識尚未完全成熟，其所為之同意，可認尚無完整之行為能力，而滿十六歲未成年人其性自主決定權並不包括「被拍攝性影像」之部分。因此，依聯合國《兒童權利公約》第1條規定，未滿十八歲之兒少性影像本身就被認定是傷害兒少的違法內容，故縱使未成年人同意而為拍攝，不論其是否已滿十六歲，仍應由法律規範強制禁止未成年人得以處分其被拍攝性影像之權利，以保護其未來之身心發展。

⁶¹ 司法院釋字第603號解釋林子儀大法官協同意見書。

伍、結語及未來可能的修正方向

就未成年人性私密影像保護之法益包括名譽權、性隱私權、性自主決定權，依司法院釋字第 603 號、第 554 號解釋意旨，為維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權為憲法所保障不可或缺之基本權利，性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，滿十六歲之未成年人固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第 22 條規定，須於不妨害社會秩序公共利益之前提，始受保障。就「性隱私」法益保障部分，隱私權內涵之「個人資訊自決權」，由於未成年人對於性隱私之自我判斷力與保護意識尚未完全成熟，其所為之同意，難認有完整之行為能力。刑法雖肯認十六歲以上少年具有展現情慾的能力而有與他人合意性交之性自主決定意識，惟法律亦應保障性自主能在安全且友善的環境下持續實踐，提供表達個人自我情慾的客觀隱密環境，保護性自主免於受他人干擾和侵犯，依兒童及少年性剝削防制條例之立法、修正等緣由及其保護規範目的，於該條例第 1 條開宗明義規定：「為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展，特制定本條例。」其立法說明，係立基於保護兒童及少年免於遭致性剝削之普世價值，依據聯合國《兒童權利公約》及《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》之精神而為規定，就兒童色情案件在國際社會既經認定係對兒童及少年性虐待及性剝削之具體呈現，且兒童或少年對於性自主、性隱私之自我判斷力與保護能力尚未完全成熟，倘遭他人利用該等實力落差，

將極易使兒童或少年遭工具化，淪為性客體而干擾其人格發展，遑論現今網際網路發展迅速，影響無遠弗屆，兒童或少年之色情物品一經拍攝、製造流傳至網際網路上，乃長時間存在，依現行社會風俗社會風俗就裸體、性活動仍存有性羞恥感，將會對被拍攝者產生貶抑性，進而對被拍攝者造成性屈辱之情形，對兒童或少年之身心健康、隱私權、名譽侵害甚鉅，若遭獲取足以特定該兒童或少年之個人資訊，更無從遏止對兒童或少年一再傷害。依聯合國《兒童權利公約》認定未滿十八歲之兒少性影像本身就被認定是傷害兒少的違法內容，故未成年人即使已滿十六歲，對於「被拍攝性影像」之性活動部分，尚無性自主決定權。我國立法者基於前開考量，認經未成年人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，以免因任何非法之性活動而遭致性剝削，基於社會秩序及公共利益之維護，未成年人對於「被拍攝性影像」之性自主決定權及資訊自決權應受到限制，縱已滿十六歲而同意拍攝性影像，亦難認具有性自主決定權及資訊自決權，兒童及少年性剝削防制條例施以刑罰，符合憲法保障未成年人基本人權之法益，拍攝性影像行為，行為人侵害未成年人之「性隱私」「性自主決定權」「名譽權」，具有刑罰之可罰性，故「得滿十六歲未成年人之同意」，難認有阻卻違法事由或違反憲法所保障之基本人權。

至於如係與未成年人情侶間之拍攝行為，若係二人皆為未成年人共同拍攝之性影像，何人為加害人，何人為被害人，本即產生可罰性之爭議。就情侶間情慾展現之拍攝行為，若無散

布之意圖，於實際犯罪之偵查，亦有現實之困難，且於被害人亦不願因發動偵查使其隱私從行為人手中擴大成為案件訴追之標的，進而影響未成年人生活之安寧之情形，或被拍攝者根本仍與行為人間存有情誼而無欲發動刑罰懲處，刑罰之執行當與現實國民法感一致，依本條例之處罰既係基於社會秩序及公共利益之維護，而認未成年人對於「被拍攝性影像」之性自主決定權及資訊自決權應受到限制，有維護性道德秩序、社會風俗之社會法益意涵在內，就滿十六歲已取得性自主決定權得與他人發生性行為之未成年情侶間「單純無散布意圖之拍攝性影像行為」，於刑罰之發動上，可仿「血親相姦罪」，或仿以保護成年人性隱私個人法益之「妨害性隱私罪」，增修立法，就經「被拍攝者同意」且「被拍攝者已滿十六歲」之情形，須告訴乃論，增加被害人提起告訴為訴追條件，作為執法之緩衝為宜。



