

法規範憲法審查聲請書

壹、聲請法院及其法官姓名：

臺灣臺東地方法院刑事第三庭審判長法官 林涵雯（主筆人）
法官 陳偉達
法官 施伊琇

貳、應受判決事項之聲明：

113年8月7日修正之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。」之規定（下稱系爭規定），不問個案情形，一律論處「七年以上有期徒刑」之重刑。又該條例並未制訂衡平調解措施，情節輕微之個案縱令依照刑法第59條規定酌減其刑，最低刑度為有期徒刑3年6月，刑罰仍屬過苛，違反憲法第23條之比例原則；且未考量行為客體、犯罪情節、被害人年齡等因素為合理差別待遇，亦與第7條之平等原則有違，應屬無效。

參、應受審查法律位階法規範違憲之情形及所涉憲法條文或憲法上權利。

一、聲請審查之原因事實

112年訴字第144號案件檢察官起訴事實略以：

陳00於民國111年6月間，於網路交友軟體「ROOIT」結識94年出生之A女，並知悉A女為未滿18歲之少年，竟為滿足一己私慾，接續基於以詐術使少年自行拍攝猥褻行為之電子訊號之犯意，以假冒之女性身分，使用通訊軟體LINE與A女私訊聊天，並提議與A女互相交換裸照、自慰影片，A女遂於111年6月至112年3月18日，以手機自行拍攝裸露胸部、下體之照片共10次，及於111年10月22日拍攝自慰影片2次，再透過通訊軟體LINE將前開照片、影片等電子訊號分別傳送予陳00供其觀覽，陳00以此方式使少年自行拍攝猥褻行為之電子訊號得逞。嗣因A女發覺陳00之男性身分而報警處理，始查悉

上情。

二、本案裁判應適用之法律現行兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之修正歷程

- (一)、104年2月4日兒童及少年性剝削防制條例修正（原名稱為兒童及少年性交易防制條例），將原兒童及少年性交易防制條例第27條第4項移列至兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項，將「未滿18歲之人」修正為「兒童或少年」，「錄影帶」修正為「影帶」，增列「照片」二字，有期徒刑之法定刑度自「有期徒刑5年以上」提高至「有期徒刑7年以上」。嗣該項於106年11月29日再次修正，併科罰金刑由「新臺幣（下同）300萬以下」提高為「500萬元以下」；因原條文內容未將「自行拍攝」明文列為犯罪行為類型之一，實務上雖透過擴大解釋方式將「製造」行為之文義擴及「使兒童或少年自行拍攝之行為」以防堵規範漏洞，於112年2月15日再度修正，增列「使兒童及少年自行拍攝」之犯罪行為態樣，以臻法律明確性，至行為客體則是配合同條例第2條第1項第3款及依刑法第10條第8項所為相應之修正。113年8月7日再度修正，為求保護兒童及少年周全，另增列「無故重製」之行為態樣。
- (二)、基此，兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項，於112年2月15日、113年8月7日兩次修正之內容，僅為文字修正，並未實質擴大構成犯罪之行為態樣，亦未提高或降低法定刑度，113年8月7日也僅是將原包含在「製造」概念下之「無故重製」行為獨立規範，亦為原有實務見解明文化，法定刑度亦未變更。
- (三)、學理上之接續犯，因僅給予一罪之刑罰評價，故其行為之時間認定，當自著手之初，持續至行為終了，並延伸至結果發生為止，倘上揭犯罪時間適逢法律修正，跨越新、舊法，而其中部分作為，或結果發生，已在新法施行之後，應即適用新規定，不生依刑法第2條比較新、舊法而為有利適用之問題。聲請人受理112年度訴字第144號案件，被告陳00犯罪期

間為111年6月起至112年3月18日，檢察官認屬接續犯之事實上一罪關係，又本案犯行迄今，兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項所經歷112年2月15日、113年8月7日二次修正內容均屬文字異動，已如前述，不生新舊法比較之問題，本案應適用之法律應為現行兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項（下稱系爭規定）。

三、系爭規定涉及之憲法條文及憲法上權利

（一）、法定自由刑之刑度高低，應符合比例原則。

- 1、人民身體之自由應予保障，憲法第8條定有明文。對於因犯罪行為而施以剝奪人身自由之刑罰制裁，除限制人民身體之自由外，更將同時影響人民其他基本權利之實現，是其法定自由刑之刑度高低，應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第23條比例原則無違（司法院釋字第544號、第551號、第646號、第669號、第790號及第804號解釋參照）。又國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。如行為人所受之刑罰超過其所負擔之罪責，致其人身自由遭受過苛之侵害，即不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則，與憲法第8條保障人身自由之意旨有違（司法院釋字第775號解釋參照），憲法法庭112年憲判字第13號判決理由已明確揭示。基此，罪刑相當原則之憲法依據當屬憲法第23條之比例原則，以保障人身自由不受過苛或過度之限制。
- 2、關於以刑罰限制人身自由之比例原則審查密度，究竟應優先考量刑罰箝制自由甚劇、刑法謙抑性、最後手段性，採嚴格密度審查，抑或尊重立法機關自由形成權限，僅以合理性審查。釋字第669號許宗力大法官於協同意見書主張略以：立法者基於特別需要，制定適用範圍僅及於特定人、事、時、地的特別刑法，排除普通刑法適用，刑度通常大幅加重，尤其是涉及最輕本刑5年以上之重刑規定者，基於特別刑法加重刑度時，性質上是嚴峻之例外立法，特別容易產生重大違反體系的價值判斷，以及我國有為數眾多的特別刑法，嚴重

破壞刑法體系，為敦促立法者檢討特別刑法重刑林立的現象，使國家刑罰權回歸最後手段性原則之內，特別刑罰應將比例原則之審查標準提高至嚴格審查。

- 3、為保護兒童及少年，針對違反本人意願之方法自行拍攝性影像之行為，立法者未採行規範於普通刑法之方式，而係於84年8月11日特別制訂公布兒童及少年性交易防制條例（104年2月4日修正公布名稱為兒童及少年性剝削防制條例），將系爭規定納入其中，法定刑自84年8月11日制訂時之「5年以上有期徒刑，得併科罰金300萬以下罰金」（兒童及少年性交易防制條例第27條第3項），於104年2月4日修正時刑度提高至「7年以上有期徒刑，得併科罰金300萬元以上」（兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項），106年11月29日刑度再提高至「7年以上有期徒刑，得併科罰金500萬元以上」迄今。刑法於112年2月8日始增定第319條之2第1項「以強暴、脅迫、恐嚇或其他違反本人意願之方法，以照相、錄影、電磁紀錄或其他科技方法攝錄其性影像，或使其本人攝錄者」，處「5年以下有期徒刑、得併科50萬元罰金」之刑責，如依照一般刑法體系，對「兒童或少年」犯之者，依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑，有期徒刑處斷刑區間為「3月至7年6月」。系爭規定有期徒刑處斷刑區間為「有期徒刑7年至15年」，相較於前開說明之一般刑法體系運作下，刑度大幅增加，對於人身自由剝奪至為重大。且上開條例中無任何依照個案情形（例如：偵審自白賠償、被害人年齡、情節輕微）設定減刑衡平措施，縱令依刑法第59條規定酌減其刑，最低刑度為有期徒刑3年6月，不得緩刑及易刑處分，自應採嚴格審查標準。

（二）、憲法第7條之平等原則

基於憲法第7條規定之平等原則，立法者對相同事物，應為相同對待，不同事物則為不同對待；如對相同事物，為無正當理由之差別待遇，或對不同事物為相同之待遇，皆與憲法第7條之平等原則有違（司法院釋字第666號、第687號及第

793號解釋參照)。法規範是否符合平等原則之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯而定。因系爭規定涉及人身自由之重大限制，針對被害人之保護，其目的須為追求重要之個人法益，且「等者等之，不等者不等之」。相同事物採差別待遇之手段與目的之達成間須具有實質關聯；不同事物本質，予以合理差別待遇，始與憲法平等原則無違。系爭規定未區分行為客體種類、被害人年齡、情節，有期徒刑之法定刑一概定為7年以上，系爭規定保護兒童及少年性自主權、身心健全發展之目的與科處相同重刑手段間實質關聯性，即必須通過平等原則之檢驗。

肆、聲請判決之理由、應受審查法律位階法規範在裁判上適用之必要性及客觀上形成確信其違憲之法律見解。

一、系爭規定為本案裁判應適用之法律

聲請人受理本院112年度訴字第144號案件，檢察官認適用112年2月15日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項，上開規定嗣於113年8月7日再度修正，而應適用系爭規定，業據本院詳述如前。

二、系爭規定之有期徒刑最低刑度違反比例原則之理由

(一)、104年2月4日兒童及少年性剝削防制條例修正公布（原名稱為兒童及少年性交易防制條例），將系爭規定自原兒童及少年性交易防制條例第27條第4項移列至兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項，有期徒刑之刑度自「有期徒刑5年以上」提高至「有期徒刑7年以上」。嗣該項於106年11月29日再次修正，併科罰金刑由「300萬以下」提高為「500萬元以下」，爾後修正僅有將實務見解予以明文化而增列行為態樣。

(二)、系爭規定法定刑，有期徒刑部分為「7年以上15年以下」。以程序法觀點：偵查中屬刑事訴訟法第253條之1不得緩起訴處分、同法第256條第3項應依職權送再議「最輕本刑3年以上有期徒刑」之重罪；羈押則為同法第101條第1項第3款

「最輕本刑為5年以上有期徒刑」之重罪；審判中則屬同法第31條第1項第1款「最輕本刑為3年以上有期徒刑案件」、同法第273條之1第1項不得裁定為簡式審判程序、同法第455條之2第1項不得聲請法院改依協商程序而為判決之「最輕本刑3年以上有期徒刑」重罪。以實體法觀之：兒童及少年性剝削防制條例除第43條減輕或免除其刑之規定（父母對其子女犯本條例之罪，因自白或自首而查獲；犯同條例第31條之罪自白或自首，因而查獲）之外，無其他減輕或免除其刑，且行為人犯系爭規定得以適用上開規定之機會相當有限。縱令因情輕法重，以刑法第59條酌減其刑，最低有期徒刑宣告刑仍應量處3年6月，依照同法第74條第1項，無從宣告緩刑，同法第41條第3項不得易服社會勞動。另因系爭規定法定最高刑為15年有期徒刑，依刑法第41條第1項前段規定，無論符合多少減刑事由，又或宣告刑為何，亦無從易科罰金。

(三)、系爭規定制訂於特別刑法，且屬重罪，比例原則應依嚴格審查，已如前述，至比例原則的內涵，大法官於釋字第476號首次明確揭示子原則：「目的正當性」、「手段必要性」及「限制妥當性」（即狹義比例性），復於釋字第542號論及另一子原則「手段適當性」。析言之，根據比例原則嚴格審查系爭規定合憲性，憲法法庭111年憲判字第1號判決給予指引：「其目的須為追求憲法上特別重要公共利益，所採手段應有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，且其對基本權利之限制與其所欲追求之特別重要公共利益間應具相稱性」，比例原則審查如下：

1. 「維護社會大眾人身安全、性自主權及人格權」屬於特別重要公共利益之追求，此為釋字第799號理由書所肯認。而兒童及少年性剝削防制條例第1條之規定：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。復究其立法理由：保護兒童及少年免於遭致性剝削，乃普世價值。依據聯合國《兒童權利公約》第三十四條及《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》，透過利益（如現金、物品或勞務）交換而侵犯兒童少年與其權利，即是對兒童少年之「性剝削」。所謂性剝削，觀諸同條例第2條：「一、使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為。二、利用兒童或少年為性交或猥褻之行為，以供人觀覽。三、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。四、使兒童或少年坐檯陪酒或涉及色情之伴遊、伴唱、伴舞或其他類似行為。」，復綜觀該條例罰則脈絡，係以「使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為」為開端（第31條至第34條），接續為「利用兒童或少年為性交或猥褻行為」之處罰規定（第35條），隨之處罰「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（第36至第39條，包含系爭規定），與該條例第2條之規定相互呼應。基此，該條例所欲保護之法益應為「兒童及少年性自主權」、「兒童及少年身心發展」。然而，性自主權自當以「決定是否、與何人、何種方式為性交、猥褻行為」做為核心，至於系爭規定係處罰「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」，保護之法益應係「兒童及少年從事與性相關活動之自主決定權」，為兒童及少年性自主權涵蓋。兒童及少年之心智發展未臻成熟，性剝削之經驗往往對兒童及少年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，保護兒童及少年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（參照釋字第623號理由書意旨）。從而，系爭規定謀求實現的目的，應屬特別重要公共利益。

2. 至手段適當性之審查，立法者以重度自由刑加以處罰，然系爭規範涵蓋範圍甚廣，包含「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」，且未區分犯罪規模、行為人數、犯案情節。從我國近年來發生的創意私房案件，由集團經營非法色情網站，內容包含大量兒童及少年私密、性剝削影像，網站內容供付費會員觀看、流通；至本案僅有一個行為人，係陳00在網路上與年近18歲之A女結識，獲知其性傾向後，偽裝成女性與之交往，要求被害人拍攝並傳送其性影像，且陳00僅供自己觀看，並未散布，違反被害人意願、侵害人格隱私程度遠較集團犯案輕微。個案情形大相逕庭，卻同為系爭規定處罰對象，況本案情形固有訛詐，被害人之意願有所疵累，但被害人自行拍攝之性影像屬交往過程中，因相互熟悉、產生感情而予對方之親密紀錄，於此私密、涉及私人感情領域的之行為，卻科以重度自由刑。縱令系爭規定係為保護兒童及少年從事與性相關之自主決定權，然兒童及少年的年齡層跨越0至17歲，衡情少年身心發展應較兒童健全，且觀諸刑法第227條、兒童及少年性剝削防制條例第31條之規定，立法者承認以16歲以上之少年的心智，已具備無對價關係之性行為同意權，而刑法對於未成年之被害人遭強制性交，依照年齡刑度有所差異，可見立法者認為在遭逢強制性交如此嚴重性侵害時，對於被害人身心發展傷害因年齡而有不同，於性自主權核心內容尚且如此，系爭規定卻未區分被害人年齡，一律課以「7年以上有期徒刑」重刑，實難認有助於妥善保護兒童及少年性自主權。
3. 在手段必要性之判斷，參照釋字第777號、第790號意旨，應視規範本身或在同時適用其他相關法規範之情況下能否有效避免個案過苛之情形，或其本身或其他相關法規範是否設有妥適之個案過苛調節條款而定（參閱陳信安，比例原則之回顧與展望-以大法官解釋及憲法法庭判決為中心，東吳法院學報第37卷第2期）。兒童及少年性剝削防制條例僅設有第43條減輕或免除其刑之規定，侷限於父母對子女犯該條例或

犯該條例第31條之情形，系爭規定處罰對象可適用上開規定減刑或免除其刑之機會不高，另系爭規範本身或兒童及少年性剝削防制條例又無其他過苛調解條款，遇個案情節輕微，僅能回歸刑法第59條酌量減輕其刑，系爭規定縱依刑法第59條減刑，法定刑處斷刑最低刑度仍達3年6月，無從緩刑宣告，亦無從易刑處分，行為人勢必要入監服刑。入監服刑後，依照行刑累進處遇條例第19條第1項之規定，屬於「類別三：有期徒刑3年以上6年未滿」，相較於類別一、二，定有更高之責任分數，益徵系爭規定重刑處罰之嚴苛性，卻欠缺調解措施或適用其他規範以避免過苛，顯與手段必要性相背。

4. 在刑度審查中，狹義比例性的內涵，則為罪刑相當原則所充實（參釋字第669號許宗力大法官協同意見書），即行為人應負擔刑事責任與刑罰規範間必須相對應、罪刑間需相當、避免有失均衡。某一規範是否符合罪刑相當原則，不能僅就該規範的內容單獨審查，而必須從不同構成要件事實之間，比較不同規範之間的法定刑，才能審查罪刑相當原則（參釋字第630號許玉秀大法官協同意見書）。系爭規定於104年2月4日修正前，法定刑為「5年以上有期徒刑，得併科新臺幣300萬元以下罰金」，修正後有期徒刑陡然提高為「7年以上有期徒刑」，106年11月29日修正後再提高罰金刑為「得併科新臺幣500萬元以下罰金」，短期內數度提高法定刑，修正之立法理由僅簡略數語：「為兼顧罰則衡平，將第三項有關「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、製造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」之刑度比照第33條第1項之刑度提高為七年以上。」、「第三項之罰金，由『300萬元』，提高為『500萬元』」，非但全然未闡述原訂刑度不足以保障兒童及少年之具體理由、遑論提出堅實數據；再者，立法機關將系爭規定有期徒刑之法定刑比照同條例第33條第1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，使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為」辦理，惟同條例第33條第1項保障法益為兒童及少年性自主權之核心內容，亦為兒童及少年性剝削防制條例（前身為兒童及少年性交易防制條例）制訂之首要目的：以免兒童及少年淪為商品、性交易對象，與系爭規定實現目的、犯罪情節嚴重程度均有相當差異，兩者卻處以相同有期徒刑重度刑，均無法宣告緩刑、不得易刑處分。此外，系爭規定有別於同條例第33條第1項，將「詐術」納入違反本人意願方法之例示，然而「詐術」是行為人提供不正確、不完整資訊，致使被害人陷於錯誤而同意，係指「被害人的同意有所瑕疵」，與以強暴、脅迫、藥劑等違反本人意願之方法，係壓迫被害人意志，「被害人並未同意」，兩者情形南轅北轍，系爭規定卻將兩者混為一談，甚至相同重刑處罰，罪刑顯不相當。再回歸刑法常典觀察，就強制性交之處罰，依未成年被害人年齡而有所差異：未滿14歲，依刑法第222條第1項第2款之規定，有期徒刑處斷刑區間為「7年以上15年以下」；14歲以上未滿18歲，則依刑法第221條第1項、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段加重其刑，有期徒刑處斷刑區間為「3年1月以上15年以下」。有上述可知，刑法對於未滿14歲之人為強制性交之處罰，有期徒刑與系爭規定相同，且尚無罰金刑之規定，對14歲以上未滿18歲為強制性交時，立法機關對於非難評價尚低於系爭規定。尤有甚者，對未滿14歲之人強制性交，且為照相、錄音、錄影或散布、播送該影像、聲音、電磁紀錄，侵害情節如此嚴重之犯罪，依刑法第222條第1項第2、9款，法定刑為「7年以上有期徒刑」，系爭規定僅係處罰違反意願使兒童或少年製造、拍攝（被拍攝）與性相關之影像、圖畫等物者，尚且不涉及違反意願之性交行為，法定刑卻較上開強制性交且製造傳播性交過程情形為重，系爭規定之罪刑確實失衡，儼然違背罪刑相當原則。

三、系爭規定違反平等原則之理由

依釋字第617號解釋，將猥褻物品區分為「係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品」、「對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品」，而系爭規定指涉之「性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品者」，涵蓋上開硬蕊及軟蕊，且行為人行為態樣包含：「以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」，被害人則有：「被拍攝、自行拍攝、製造、無故重製」，從集團犯罪，到網友間相互傳送影像均在系爭規定射程範圍，個案情節可能有雲泥之別，系爭規定卻未區分行為客體種類、犯罪規模、行為人數量，均以重刑處置；此外，系爭規定未如刑法強制性交罪區分被害人年齡，已如前述，一律以相同嚴峻處罰對待，刑度甚至較處罰對14歲以上18歲以下之人為強制性交之犯行為重，手段與目的間難認有實質關聯性，自與平等原則相背。

伍、結論

系爭規定歷經數次修正，刑度不斷攀升，有期徒刑之法定刑已達「7年以上有期徒刑」，卻未見立法者提出具體提高法定刑度之理由及充分舉證。復且，系爭規定不僅未區分行為客體、個案情節、被害人年齡，一律處以重刑，且在法定刑起步甚高之情況下，系爭規定本身或兒童及少年性剝削防制條例並未制訂衡平調節措施，僅能回歸刑法第59條之規定酌減其刑，縱令酌減，仍無從為緩刑宣告或易刑處分，必須入監服刑，對於情節輕微之個案，顯然構成過苛之處罰，且透過刑法體系性比較，罪刑顯不相當，與憲法第23條比例原則及同法第7條之平等原則相背，爰依憲法訴訟法第55、56、57條規定，聲請鈞院為宣告違憲之判決。

陸、關係文件之名稱及件數

臺灣臺東地方法院112年度訴字第144號停止審判裁定1份

此致
憲法法定 鈞鑑

中 華 民 國 115 年 8 月 20 日
刑事第三庭 審判長法
法官
法官