

2023 年刑事實體法發展回顧*

黃種甲**

<摘要>

本文概覽 2023 年與刑事實體法相關之立法變動與實務見解，並從中揀取重要議題進行評述。一如既往，2023 年之刑事立法變動，反映出當前之社會議題，包含：性影像之產製與流通、深度偽造技術之問世。此等社會議題，促使刑法增訂妨害性隱私與不實性影像罪章，並加重處罰以深度偽造技術影音為詐欺手段。實務見解方面，本年度憲法法庭分別針對違反公開收購罪以及妨害投票結果正確罪，進行刑罰明確性之審查。我國釋憲實務雖然對於刑罰明確性之審查，已發展出一套穩定架構，然而此等架構仍有若干點值得探討，針對系爭規範之具體審查，亦有反思之餘地。職是，本文擬藉由兩則判決，再探刑罰明確性之原則，試圖在立法授權行政制定細部規範（公開收購）以及立法後由司法解釋明確化（虛遷戶籍）兩種情形，釐清刑事立法之最低要求。

關鍵詞：性影像、復仇性色情、深度偽造、加重詐欺、刑罰明確性原則、強制公開收購、虛遷戶籍投票罪

* 本文感謝碩士生林伯軒、黃子寧提供研究協助，博士生王亦民針對本文論點進行討論，惟文責由本人自負。

** 國立臺灣大學法律學院助理教授。

E-mail: pcchuang@ntu.edu.tw

• 責任校對：陳怡君、江昱麟、羅元廷。

• DOI:10.6199/NTULJ.202411/SP_53.0007

◆目次◆

壹、2023 年刑事實體法發展動態概覽

貳、重要立法動向評述

一、性影像犯罪之增訂

二、深度偽造／電腦合成不實影音作為犯罪工具之規制

參、實務見解：刑事立法之明確性審查

一、最新實務見解

二、刑罰明確性之內涵與功能

三、對兩則判決之評論

肆、結論

壹、2023 年刑事實體法發展動態概覽

2023 年度（下稱本年度），刑事實體法的修法變動幅度不小，除了針對相關法條文字之調整，更有不少呼應當前社會所面臨之新挑戰。此等新挑戰，最具本土特色者，當屬詐欺犯罪之遏止；此外，亦有伴隨全球浪潮或鄰國事件後，結合本土事件而獲關注者，例如南韓 N 號房事件後，喚起大眾對於性影像剝削受害者之關注¹，而後又受到網紅小玉換臉事件與前立委高嘉瑜作為被害人的影響，進而推升社會對於相關行為之關注與入罪化。當然，疫情後生成式 AI 的問世與普及，不僅改變人們生活的樣貌，也同時為犯罪者提供新的犯罪工具。尤其是深度偽造技術所產生之影音，不僅可以用來製作影像攻擊特定人，更可能影響選舉或輿論，重挫一國之民主與社會。對此，本年度亦有不實影音之相關增訂，以因應技術面之發展。

為遏止詐欺犯罪，本年度因應深度偽造技術之勃發，將利用相關技術所製成之不實影音為詐欺者，列為加重處罰事由。此外，為追緝詐騙集團，確

¹ 參考婦女救援基金會（等著）（01/17/2023），〈民間版修法說帖 | 威脅散布性私密影像怎麼辦？〉，《財團法人民間司法改革基金會》，<https://www.jrf.org.tw/articles/2417>。（最後瀏覽日：07/28/2024）。

保詐欺所得之沒收或返還被害人，金流之追蹤至關重要。我國長年苦於人頭文化，詐騙集團使用人頭帳戶躲避追緝時有所聞。向來實務以幫助詐欺罪論處，但幫助故意不易證明，難以嚇阻帳戶提供行為²，本次於洗錢防制法中增訂收集及交付帳戶罪，確保帳戶支配名實相符³。與此同時，組織犯罪防制條例第 4 條第 2 項亦增訂有關意圖使人出境實行犯罪，而招募他人加入犯罪組織者。從立法理由觀之，即係因應近年來犯罪集團招募成員前往海外從事電信詐欺、人口販運、性剝削及勞力剝削之現象，也可以算是近年來詐欺犯罪猖獗的產物。

除詐欺犯罪之外，對於非經同意攝錄、散布性影像之相關立法倡議與相關討論，其實醞釀已久。相關立法終於在 2023 年 1 月三讀通過，於刑法第 28 章之妨害秘密罪後，新增第 28 章之 1，定名為妨害性隱私及不實性影像罪。同時，也於刑法第 10 條中，明確定義性影像。修法之前，違反他人意願而攝錄性影像者，以刑法第 315 條之 1 之窺視竊聽竊錄罪論處⁴。不過，該罪難以處理純粹之散布行為，及經被害人同意攝錄私密影像，但不同意散布者，亦僅能以刑法第 235 條散布猥褻物品罪相繩，難以評價此等「復仇性色情」（revenge porn）行為⁵。本次增訂刑法第 319 條之 1 至第 319 條之 3，分別處罰未經他人同意攝錄性影像、違反意願攝錄性影像、未經他人同意散

² 過往討論，請參考徐偉群（2009），〈提供人頭帳戶之詐欺罪責：兼評台灣高等法院九十六年度上易字第二六四一號暨台北地方法院九十六年度易字第八十號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，168期，頁257-269；許恒達（2019），〈評新修正洗錢犯罪及實務近期動向〉，《臺大法學論叢》，48卷特刊，頁1446以下。

³ 相關討論及評析，請參考許恒達（2023），〈評洗錢防制法第15條之2交付帳戶罪：以最高法院112年度台上字第2673號刑事判決為中心〉，《月旦實務選評》，3卷12期，頁125-140；陳俊偉（2023），〈2023年新增洗錢防制法無正當理由交付提供帳戶帳號罪評釋〉，《台灣法律人》，28期，頁78-96。

⁴ 相關討論及舉例，請參考林山田（2006），《刑法各罪論：上冊》，修訂5版，頁279-281，元照；許澤天（2024），《刑法分則：人格與公共法益篇》，6版，頁314-315，新學林。

⁵ 修法前相關討論，請參考張天一（2019），〈散布私密影像之刑事責任〉，《月旦法學教室》，198期，頁26-29；法思齊（2019），〈論以刑事法規範復仇式色情（Revenge Porn）之可能：以日本情色報復受害防治法為中心〉，《月旦法學雜誌》，314期，頁210-223。

布性影像。本次立法直接導致相關行為刑度之提高，具體而言，散布合意設錄性影像之法定刑，由原先以散布猥褻物品罪論處之 2 年以下，提高為 5 年以下，並依性影像攝錄時是否取得同意甚至壓制意願，而提升其刑度。與此同時，本次立法亦呼應科技發展，將電腦合成或其他科技方法製作之不實性影像，納入同罪章之第 319 條之 4 中，處罰不實性影像之散布行為。

除了上開相關重大立法外，刑事實體法中有實質修正者，另有不能安全駕駛罪（刑法第 185 條之 3）將服用毒品、麻醉藥品等相對不能安全駕駛行為，修改為絕對不能安全駕駛，並以行政規則公告尿液或血液中前開物質或其代謝物之濃度為成罪標準。此外，加重私行拘禁罪（刑法第 302 條之 1），將行為人人數、犯罪工具、行為對象、行為手段、行為時長列為加重事由。特別刑法則有前述組織犯罪防制條例之修正，除前述條文外，另增訂其他犯罪行為，並將不得參選之定罪後附帶後果門檻調高。另為確保資通安全，證券交易法增訂第 174 條之 3，處罰破壞證交所、櫃買中心及集保中心之資通功能者。其餘相關立法修正，係文字微調，或因應上開增修條項變動後之調整，於此不再贅述。

實務見解方面，本年度憲法法庭共作出 20 則判決，其中有 4 則涉及刑事實體法議題，分別是 112 年憲判字第 5 號（公開收購空白刑法）、第 8 號（誹謗罪合理查證義務）、第 11 號（妨害投票結果正確罪），以及第 13 號（販賣第一級毒品案）。此外，最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 5217 號裁定，首次就貪污犯罪中公職人員之職務行為，究竟係採「法定職權說」抑或「實質影響力說」表態，再次確認民意代表之職務上行行為，包含運用實質影響力而於議場外向行政機關或公營事業機構人員為關說、請託及施壓。當然，一如既往，最高法院也選出多則具參考價值之裁判，不過礙於篇幅及數量，無法一一細數。

以上略覽本年度刑事實體法之立法與實務發展概況，然礙於篇幅，無法深入逐一析述，割捨勢所難免。準此，下文將針對性影像及深度偽造影像之入法，引介既有學說並提出本文意見。另外，實務見解部分，由於大法庭裁

定涉及議題，實務分歧已久⁶，學說之間也已有多多年之討論與交鋒⁷，本次毋寧屬於確認性質；至於憲法法庭判決中，誹謗罪之合理查證義務，與販賣第一級毒品案，涉及之法律議題偏向個別犯罪議題，推廣性有限。因此本文決定聚焦於公開收購空白刑法與妨害投票結果正確罪，比較、討論兩則判決中針對刑事立法明確性之違憲審查。尤其，兩則判決中，分別涉及立法與行政（空白授權與行政規則）以及立法與司法（刑法明確性與法律解釋）於刑事立法之分工界線，有助於吾人探索刑事立法對於明確性之標準何在。

貳、重要立法動向評述

一、性影像犯罪之增訂

本年度修法，增列妨害性隱私及不實性影像罪章，為性影像相關犯罪之主要條文。以下將先介紹本罪規範之行為客體，而後定位保護法益，並以此為基礎，討論構成要件之解釋上之疑義。

（一）行為客體：性影像

欲掌握性影像相關犯罪，須先理解「性影像」之內涵，始能廓清行為客體之外延。對此，刑法選擇將性影像置於總則第 10 條第 8 項中明確定義，

⁶ 實務上就公務員之職務上行為，採法定職權說者，請參考最高法院98年度台上字第1670號刑事判決、最高法院98年度台上字第7218號刑事判決；採實質影響力說者，請參考最高法院101年度台上字第4150號刑事判決、最高法院102年度台上字第2967號刑事判決。

⁷ 學說上之相關討論，請參考蕭宏宜（2012），〈賄賂罪的「職務上行為」概念：兼評最高法院99年度台上字第7078號判決〉，《東吳法律學報》，24卷1期，頁87-120；林朝雲（2015），〈論「法定」職務權限與賄賂罪中「職務行為」的關聯性〉，《中央警察大學法學論集》，29期，頁155-186；黃士軒（2015），〈公務員賄賂罪中的職務行為：以我國最近之學說與最高法院實務為中心〉，《國立中正大學法學集刊》，48期，頁53-119；吳巡龍（2021），〈民代收賄「職務上行為」之判斷標準〉，《月旦裁判時報》，110期，頁57-63。

明定為含有特定內容之影像或電磁紀錄。該項兼採了同條第 5 項性交之 2 款行為（第 1 款）、性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位（第 2 款），以及客觀上足以引起性慾或羞恥，而以身體或器物接觸第 2 款之部位（第 3 款）或其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為（第 4 款）。

如此的條文體例，或許可以同心圓的方式加以理解。本條基本上採取了 3 層同心圓的規範模式。最內圈也是最核心的性影像內容，乃是性器與準性交行為⁸。針對此核心影像內容，無論如何均該當性影像，而無待其他要件之滿足。第二圈則進一步要求身體隱私部位或與之接觸之行為，然此等身體隱私部位和接觸行為，限於客觀上足以引起性慾或羞恥者。最外圈則不限於隱私部位或接觸行為，而擴及任何「與性相關」之行為，但同樣要求客觀上必須引起性慾或羞恥。從此層次理解新修法，可以發現性器與準性交行為，基本上被當成與性相關，並客觀上足以引起性慾或羞恥。

不過，文字背後的預設，是否符合現實，即有疑問。這一點從本條僅規範「準性交」行為，而非同條第 5 項之性交行為，便可略窺一二。同條第 5 項明定「基於非正當目的」之「準性交」行為，本意即在避免性交定義涵蓋過廣，及於醫療行為或其它正當目的所為之進入性器、肛門或使之接合之行為⁹。換言之，具備正當目的之準性交行為，果真如本條項所認為，當然該當性影像？由現行條文出發，可能產生的情況是：基於醫療目的之侵入行為（大腸鏡、婦科、泌尿科內診）或者接合行為（包皮切除手術），均屬於性影像之範疇¹⁰。另一方面，內含性器之影像，亦不要求性關聯性，而全數該當性影像。諸如分享私密處除毛業者所拍攝但未經處理之示範影片，或是轉載友人居家自然分娩之過程，都有可能該當性影像，而落入相關犯罪構成要件之射程範圍。是否合宜，有待結合後述法益定位之論述進行檢討。

⁸ 本文以準性交行為稱之，乃因相關行為雖有（與）性器或肛門接合之外觀，但並未排除基於正當理由為之者，因此不完全該當刑法第 10 條第 5 項之「性交」定義。

⁹ 民國 94 年 02 月 02 日修正理由參照。

¹⁰ 相同觀察，請參考林琬珊（2023），〈「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》，333 期，頁 42。

性器或者準性交行為以外，倘為客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位，或者與之接觸之行為，亦可能為性影像（第二圈）。此處必須先質疑的是，立法文字上將性影像定義成「內容有下列各款之一」之影像或電磁紀錄，因此，邏輯上，第3款之接觸「前款部位」，似乎必然包含第2款之部位。如此一來，為避免使第3款之接觸行為成為具文，必然要將第3款之範圍擴大。解釋上，似乎可以認為，接觸行為可以包含間接接觸（隔絕衣物的愛撫），或者是相關部位並未直接顯露（打馬賽克）之情形。

撇除文字上的邏輯關係，在實質內容上，條文此處援引了實務向來定義「猥褻」概念之用語，因此不免捲入向來關於猥褻定義之爭論¹¹。不過，姑不論既有文獻對於猥褻概念模糊性之爭論，可以發現本項所使用之「客觀上足以引起性慾或羞恥」，並不完全等同於實務向來見解。具體而言，司法院釋字第407號及第617號兩號解釋中，在論述「猥褻」概念時，其使用的文字實為「客觀上足以引起性慾，且引起一般人之羞恥或厭惡感」。細究之，可以發現實務見解在猥褻的判斷上，區別了被引起性慾的對象，以及羞恥或厭惡感之主體。質言之，前者不必等於後者，而後者必須是一般人，始足當之。換言之，雖引起部分人之性慾，但未引起一般人之羞恥或厭惡感時，仍非猥褻物品。因此，即便知悉腳底按摩教學影片能引起戀足癖者之性慾，由於一般人觀看該影片時未必有羞恥或厭惡感，而非所謂猥褻物品¹²。

¹¹ 實務見解請參考最高法院108年度台上字第1800號刑事判決、最高法院108年度台上字第845號刑事判決、最高法院109年度台上字第5701號刑事判決；學說見解請參考李聖傑（2004），〈妨害性自主：第二講 性行為與性的行為〉，《月旦法學教室》，21期，頁94-95；許恒達（2013），〈乘機襲胸案刑責再考：評台灣高等法院台中分院102年度侵上訴字第47號判決〉，《台灣法學雜誌》，233期，頁153；蔡聖偉（2015），〈親吻與猥褻：評最高法院一〇三年度台上字第一二五四號判決〉，《月旦裁判時報》，41期，頁46；盧映潔（2009），〈強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？：評最高法院九十七年度第五次決議〉，《月旦法學雜誌》，171期，頁221。

¹² Joel Feinberg, *Pornography and the Criminal Law Principles of Expression and Restriction: A First Amendment Symposium*, 40 U. PITT. L. REV. 567, 593-94 (1978-1979)，該文以撫摸石頭獲取性歡愉為例，討論刊印石頭之雜誌不該當猥褻物品。

回頭檢視本條，可以發現法條文字之「客觀足以引起性慾或羞恥」，並未像猥褻一般，區別引起性慾之群體，與引起羞恥感之群體，反倒以選言結構進行拼接。因此，解釋上意味著只要足以引起性慾或足以引起羞恥其一即足該當，但要引起多少人的性慾，又要多少人的羞恥，並不清楚。當然，性影像相關處罰規定，其目的本和保護性風俗道德之散布猥褻物品罪不同，因此不必為相同規定¹³。只是，倘若採取上開方式解讀本條，進而不要求同時引起（一部分人）之性慾與一般人之羞恥，僅要求（一部分人）之性慾「或」羞恥，其範圍自然遠較猥褻概念為廣。

舉例而言，哺乳衛教影片，縱然可能引起性慾，但因不會引起一般人之羞恥或厭惡感，而非猥褻物品。然而，其內容含有以身體（口）接觸客觀上足以引起性慾之隱私部位（乳房），或者以器物（集乳器）接觸上開部位而可能引起（部分人）性慾，導致此哺乳衛教影片落入性影像之範疇。另一方面，亦不排除純粹引起部分人羞恥，但客觀上尚無引起性慾之虞者，亦該當之。例如觀念保守者，可能認為腋下毛髮是令人感到羞恥之身體隱私部位，然而，此時是否認為露出腋毛者，該當性影像，容有疑問。對此，一個可能解決或限縮的途徑，或許是調整法條文字，將「客觀上足以引起性慾或羞恥」，修改為「客觀上足以引起性慾，且引起一般人之羞恥」。但就現行法而言，如要從解釋角度切入，限縮性影像的範圍，似乎可以在兩方面設下門檻，也就是影像內容所涉及之隱私部位或接觸行為，必須引起一定人數之性慾或羞恥，且引起之性慾或羞恥，也可能要達到一定程度，始足當之¹⁴。簡言之，不宜因為影像內容可能引起單純性少數的偏好，遽認該當性影像；引起多數人單純遐想或聯想者，也未達到性影像之門檻¹⁵。必須要引起一定人數一定程度的性慾或羞恥，始足當之。

¹³ 同此見解，廖宜寧（2022），〈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》，327期，頁164-165。

¹⁴ 類似見解，請參考許澤天，前揭註4，頁370。

¹⁵ 魯迅曾於其小雜感一文中如此寫道：「一見短袖子，立刻想到白臂膊，立刻想到全裸體，立刻想到生殖器，立刻想到性交，立刻想到雜交，立刻想到私生子。中

最外圍之第四款，則同時要求與「性相關」而「客觀上足以引起性慾或羞恥」之行為。性相關的要求，旨在含括非針對性器或前開隱私部位接觸之行為。不過，有疑義的是，概念上是否可能存在「客觀上足以引起性慾或羞恥」但與性無關之行為？如果肯定確實存在此一概念，不可避免地要將被引起性慾或羞恥者與性關聯之判斷者加以切割，否則判斷者同一的情況下，可能使併存的 2 要件無法發揮篩選功能而成為贅文¹⁶。就此，一個可能的觀點是：是否與性關聯，採取平均人觀點，但客觀上是否足以引起性慾或羞恥，則兼容小眾性偏好。因此，洗車影片縱然會引起戀車癖者之性慾，仍非性影像。這似乎較符合實務針對猥褻概念解釋而來之理解方式。另一個可能則是，是否與性關聯，則從拍攝者主觀目的或者呈現方式出發，但內容仍需在客觀上足以引起性慾或羞恥者，始具有性影像之資格。如此一來，那麼前段述及必須為客觀上足以引起性慾或羞恥增加門檻，亦有必要。

根據以上關於性影像內容要件之檢討，想像上雖然已有大致輪廓，但在文字解釋上，仍可能面臨範圍不明確而過度擴張之疑慮。其中，基於正當目的而進入性器或肛門，或與之接合之行為，被納入性影像之範疇中。此外，僅僅可能引起少數人性慾之影像，也可能被納入其中，導致後續之拍攝或者散布行為有所加重。

（二）保護法益

本章定名為妨害性隱私，且體系上接續妨害秘密罪章之後，因此認為本罪章（本節所謂本罪章，指妨害性隱私之犯罪，故暫且排除不實性影像之第 319 條之 4）保護之法益為性隱私，並不意外，立法理由亦如此表示¹⁷。然

國人的想像唯在這一層能夠如此躍進。」參考網址：小雜感——維基文庫，<https://zh.wikisource.org/zh-hant/%E5%B0%8F%E9%9B%9C%E6%84%9F>（最後瀏覽日：07/28/2024）。此等論述，並不排除手臂作為客觀上足以引起性慾之身體（隱私）部位，但能否如此「前置」地認為在手臂上塗防曬油者為性影像，殊值商榷。

¹⁶ 亦有學說主張在解釋論上，應由「客觀上足以引起性慾或羞恥」輔助判斷「性關聯」，即採一併判斷之見解。請參考林琬珊，前揭註10，頁56。

¹⁷ 刑法第319條之1立法理由第二點：「為強化隱私權之保障，明定第一項未經他人同意，無故攝錄其性影像之處罰規定，以維護個人生活私密領域最核心之性隱

而，這並不代表本罪之保護法益已經灼然至明。實際上，針對本罪之保護法益，學說仍有不同看法值得傾聽。保護法益定位不僅涉及構成要件之解釋，甚至是不成文要件之補充，亦涉及法益持有者之判斷與其同意能否阻卻不法之論斷。最後，本罪章相關行為在修法前，並非無法可罰，因此如何和既存罪名競合，更有賴法益內涵之釐清。準此，精準定位保護法益，仍有必要。本文尊重立法者意思，以性隱私作為本罪保護法益，但仍認為有需要加以細述，下文將先回顧其他法益之觀點，最後回到本文如何提出理由強化性隱私作為本罪章之保護法益。

1. 名譽

立法理由雖明言性隱私，但如果回歸行政院版草案，也可以觀察到本罪所欲避免之利益侵害，尚且提及「**造成被害人心理無法抹滅之傷害。……對被害人之隱私、名譽及人格權所生之損害甚鉅，……。**」¹⁸顯見性影像之犯罪，足以損害被害人名譽。此一見解並不令人意外，修法前已有學者主張性影像外流可能導致名譽之貶損，而得以誹謗罪論處¹⁸，亦有實務見解採取類似立場¹⁹，因此以名譽作為保護法益，而將本罪理解為因為性影像遭散布後之名譽減損，亦屬有力潛在候選對象。

不過，如果要以名譽作為保護法益，可能必須更細緻地探討性影像遭到散布後，到底具體導致何種名譽減損？另外，妨害名譽罪章並無未遂之處罰規定，刑法介入時點，一般設定在不特定人得以共見共聞，或者溝通發生之時。然而，在性影像犯罪中，前階段的（未經同意）攝錄階段就已被處罰，此時被害人受有何種名譽損害，不無疑問。

另外，也可以將本罪引致名譽減損的態樣，和既有條文進行比較。本文認為，單純性影像外流所導致的外在評價減損，所展現出的並非類似於「誹謗罪」客觀評價減損。性影像，尚未具體結合相當脈絡，而僅呈現被害人之

私。」

¹⁸ 許恒達（2015），〈散布私密照加重刑責之研議〉，《月旦法學雜誌》，241期，頁250-251。

¹⁹ 例如臺灣高等法院臺中分院110年度上易字第800號刑事判決。

性器、身體隱私部位或有準性交行為之客觀事實，其實在效果上，跟揭露被害人「具有」性器，或「曾有」相關行為並無二致。既然揭露此等事實，本身並非誹謗行為，難謂影像之揭露會造成更多名譽減損²⁰。反面言之，倘若散布影像導致上開事實之揭露會有外在評價減損之可能，那麼在社會觀念更保守，人工生殖觀念更不發達的過往，介紹自己的親生雙親為何人，恐怕也屬構成要件該當之行為。

當然，本文無意否認性影像之散布實際上有導致名譽減損之效果，上文所示之極端案例，無非只是想呈現抽象而毫無具體脈絡之性行為本身難謂「足以毀損他人名譽之事」。性影像之散布，之所以會讓人名譽減損，可能透過的機制有二：影像背後所顯示出特殊情境脈絡下的性，或者影像本身帶給觀賞者此人不值得尊重之感受。前者諸如不倫關係之性影像，可能損及被害人忠誠或者正直之外在名聲；後者則是因為（被）拍攝性影像，使得他人成為被觀覽之客體，進而使得被害人在他人眼中產生無須被尊重之形象²¹。後者之機制，則更類似於公然侮辱罪之情況，但不同的是行為人並非直接透過散布行為，侵害他人之人格尊重請求權，而是透過散布行為，試圖讓觀賞者形成對於被害人蔑視或不尊重之觀感或印象。

2. 性隱私

前文檢討名譽作為法益之候選對象，仍有需要補充之處，但這不代表性隱私就當然地成為首選。毋寧，性隱私作為保護法益，亦難逃相關質疑。

首先，在肯認本罪章所保護者乃性隱私的情況下，一個較為基本的問題是：性隱私於既有隱私所保障之範圍內，有何加重之理據？此處可以先釐清的是，性隱私不僅是加重，同時也創設處罰。修法前，攝錄非公開性活動者，

²⁰ 當然，曾有相關行為並非當然不該當誹謗罪。質言之，必須揭露內容和被害人既有社會預設相違背時，較可能有名譽上之貶損。因此，夫子貪財、比丘好色，都可以是誹謗行為。但是，在當今社會，對於一般人而言，大家真的有著眾人皆未發生過性行為之純淨想像？倘若沒有，那麼有性經驗此一事實應該和補習經驗一般，不致有名譽上之貶損。

²¹ 另有論者認為散布性影像將造成貶抑人格之效果，故本罪在處罰利用性風化概念而透過散布行為貶抑當事人人格，請參考廖宜寧，前揭註13，頁167-168。

原先得處拘役或 30 萬元以下罰金；如今則至少為有期徒刑。修法前，散布性影像者，並無處罰規定，悉依攝錄行為論處；修法後，影像為合意攝錄者則處 5 年以下有期徒刑，得併科 50 萬元以下罰金，非合意者，刑度則提升至 6 個月以上 5 年以下有期徒刑，得併科 50 萬元以下罰金，遠較舊法只處罰非合意攝錄之行為更重。因此，以性隱私作為保護法益，優先要處理的問題是：「性」加上隱私，為何特殊，而能加重甚至創設處罰？

針對此一問題，一種極端反對見解是完全否認「性」的特殊性。亦即，與性的關聯本身，無非是社會文化之投射，並不具有獨立意義之利益侵害。順此推論，一貫的見解會是強制性交罪和強制罪並無二致²²。基此，性影像和妨害秘密罪章所規範之其他影像，也並無質的不同。不過，此等立場固然有其理念之一致性，但顯然不符合現今社會通念以及立法者真意。毋寧，身處社會之個人，其主觀效用仍會因為社會文化之內涵，而有不同之減損，導致不同程度之利益侵害²³。

另外，即便認為本罪所保護者為性隱私，因影像內容而成為一種特殊之隱私，解釋上仍非毫無障礙。蓋本罪章第 319 條之 1 至第 319 條之 3 所保護之性影像中，其最內圈之影像內容，並不含有區隔不具合理隱私期待之要件，導致非屬隱私之性影像，仍可能被本罪章所保護。申言之，刑法第 315 條之 1，要求客體必須是「非公開」之活動、言論、談話或者身體隱私部位。對此，通說判定非公開或者身體隱私部位，其實是從個案出發，審視被害人對於系爭遭到窺視、竊聽、竊錄者，是否具有「合理隱私期待」。因此，冬季期末的校園裸奔，短褲褲緣下的膝蓋上側²⁴，因為屬於公開活動且當事人未採取相當保護措施而公諸於外之緣故，並非刑法第 315 條之 1 之客體。

²² 相關論述，請參考許玉秀（2003），〈妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？：兼評臺北地院九一年度訴字第四六二號判決〉，《台灣本土法學雜誌》，42期，頁21-22。

²³ 以不同論述途徑肯認性的特殊性，請參考廖宜寧（2020），〈由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎〉，《臺大法學論叢》，49卷2期，頁677以下。

²⁴ 王皇玉（2011），〈短裙下的大腿是隱私部位嗎？〉，《月旦裁判時報》，7期，頁129。

與此相對，刑法第 319 條之 1 僅使用性影像一詞，而性影像之定義，除第 2 款外，其他 3 款並無類似於「非公開」或「隱私」之要件，得以引入合理隱私期待之判斷；又第 2 款所謂「客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位」其隱私與否，應屬通案判斷，而非個案判斷²⁵。倘若如此理解，便可能導致攝錄公開之性行為或者主動裸露之身體隱私部位，並不該當刑法第 315 條之 1 之罪，但仍該當第 319 條之 1 之罪，此等涵攝結果凸顯出性隱私並非完全包含於妨害秘密罪章之隱私概念。既然如此，又繞回一個老問題：性隱私比隱私多了些什麼，以至於在妨害秘密罪章中，不受保護之身體部位或活動，在本罪章中借屍還魂²⁶？

3. 比較法的觀察：復仇性色情之損害

如果從比較法上之觀察，可以發現美國對於性影像相關立法²⁷，目標在於因應復仇式色情，也就是透過散布關係中的性影像，試圖對於不欲繼續交往之對象進行報復。當然，以散布性影像作為復合之要脅手段，本身可能該當刑法第 304 條之強制罪或刑法第 305 條之恐嚇危害安全罪。不過，本法所欲規制的，不僅僅是以此要脅或惡害告知之行為，更包含純粹之攝錄或散布行為。因此，雖然比較法上之起源係「復仇性色情」，然而復仇不必然是本罪所欲非難之行為，毋寧性影像本身之散布，方為重點。

²⁵ 相同見解，請參考林琬珊，前揭註10，頁42。一個可能的情境是視訊性愛的一方，主動拍攝未受遮蔽之乳房；又或是與性伴侶拍攝影片之一造，為避免外流遭到辨識選擇遮蓋面部，而非其性徵。此時，如認影中人未選擇遮蔽性徵，遽認此等身體部位並非身體隱私部位，似有未當。

²⁶ 當然，在此其實可以反過來檢討的是向來對於妨害秘密罪章之保護客體解釋過窄的見解。也就是說，關鍵在於為什麼妨害秘密罪章不保護，而不是妨害性隱私罪章加以保護。準此，裸奔雖然是公開活動，但只能看，不能錄，更不能傳。實質化的「合理隱私期待」必須結合法益持有者考量社會脈絡主觀上所期待之暴露範圍，而非採取全有全無式的公開／非公開判斷。

²⁷ 有關彼邦各州立法例，請參考蕭郁漣（2016），〈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》，28卷10期，頁36以下。

美國實證研究發現，性影像之散布，導致被害人面臨更高頻率的騷擾、威脅，甚至人身傷害²⁸。具體言之，根據相關網站²⁹於 2012 年至 2013 年針對共計 1,606 位受訪者之問卷調查，其中有 6 成表示曾經拍攝裸體照片或影像並分享予他人，其中有 361 名更為相關犯罪之被害人，比例高達整體應答者之 23%，在曾經拍攝相關影像者中，更高達 38%。從被害人之回覆可以看出，高達 93% 之被害人因成為受害者而蒙受嚴重精神痛苦（emotional distress），而有 82% 之被害人於社交、職場或其他生活領域中遭受重大阻礙。更有甚者，有 49% 之被害人因此遭受線上之騷擾或跟追（stalked），30% 則遭遇現實生活或電話之騷擾或跟追，37% 之受害者因為成為被害人而遭到他人之調戲（teased）。有 13% 之被害人因此在職涯或學業發展上遭遇困難，更有 6% 之被害人因而被解雇或退學。除了個人領域所遭受到之不利益，性影像遭到散布後，對被害人之人際交往也有重大影響。其中被害人表示其和朋友（38%）、家人（34%）之關係受到危害，更有 13% 之被害人因此失去伴侶。

面對上開生活上之不利益，縱使尚未實際發生，被害人仍遭遇長期之恐懼，例如恐懼性影像被發現或觀覽，或是影響專業領域之評價。更甚者，被害人可能被迫或預先採取減害措施，諸如關閉電子郵件帳號（25%）及社群軟體帳戶、避免瀏覽某些網頁，或在實體生活中，休假（26%）或者終局遠離職場或學校（8%），甚至考慮變更姓名（42%）或者終結生命（51%）。

由以上問卷研究可知，性影像外流之不利益，確實存在。然而此等不利益，並無具體外在輪廓，但是可以確定的是：被害人確實因此在事前遭遇情

²⁸ 相關論述，see Taylor Linkous, *It's Time for Revenge Porn to Get a Taste of Its Own Medicine: An Argument for the Federal Criminalization of Revenge Porn*, 20 RICH. J.L. & TECH. 1, 1-39 (2014); Danielle Keats Citron & Mary Anne Franks, *Criminalizing Revenge Porn*, 49 WAKE FOREST L. REV. 345, 345-92 (2014).

²⁹ 以下實證資料參考自 *End Revenge Porn: A Campaign of the Cyber Civil Rights Initiative, Inc.*, CCRI SAFETY CENTER, <https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf> (last visited July 27, 2024)。

緒上之恐懼，並且在事後面臨生活上之騷擾與困頓，同時為了避免損害之發生或擴大，被害人也確實付出不可謂不大的生活成本以因應被害。

4. 性隱私的實質內涵

回顧美國關於復仇性色情的立法背景以及實證研究，可以發現，相關損害並無法由既有罪名充分評價。具體而言，性影像散布後所導致之心理傷害，是否該當傷害罪，學理上不無疑慮³⁰。安全感雖然為恐嚇危害安全罪所保護，但卻不及於純粹散布而非惡害告知之情形；外流之後所影響之生活安寧，雖然受到跟蹤與騷擾防治法之保護³¹，然而難以充分評價透過散布影片而「引起」他人跟騷行為者；社會往來之不利利益（羞辱或者職場待遇變更），理應劃歸妨害名譽罪章處理，然而行為人散布性影片，是否該當公然侮辱，容有疑義，縱認該當，考量到影片流傳之時間與幅員，評價或有不足。

進一步言之，性影像散布後之具體損害，雖然各自均有對應之法律處理，不過關鍵問題或許在於：散布之行為人是否具體認識到此等損害而具有故意？散布本身能否該當構成要件之行為？一個很可能的情況是：行為人不知道散布後，觀眾會有攻擊、騷擾、威脅甚至是不利待遇之行為，進而缺乏各該罪名之構成要件故意，同時也缺乏教唆或幫助之教唆／幫助既遂故意，而難以各該罪名論處。與此同時，散布之行為人其實一次性地引起不特定多數人對於被害人上述法益侵害之風險，因此加以規範，仍有必要。準此，即便不以單一法益定位此等行為所欲保護之客體，單純繫諸各該法益侵害事態而加以處罰，似非毫無正當性基礎。

本文初步認為，在概念上未必要將本罪所保護之利益狀態，劃歸入既有之法益類型，但如果真要如此，最可能連結者，應屬隱私法益³²。因為，本

³⁰ 近期相關論述，請參考錢政宇（2023），〈論精神上傷害於刑法傷害罪之適用〉，頁32，國家科學及技術委員會補助大專學生研究計畫研究成果報告。該文肯認精神上傷害得以傷害罪論處。

³¹ 王皇玉（2019），〈跟蹤糾纏行為犯罪化之趨勢〉，《刑事政策與犯罪研究論文集》，22期，頁301。

³² 比較法上，美國多州立法亦將之納入隱私權保護之範疇，立法理由中所參考之伊利諾州亦然。美國各州立法例之整理，see FindLaw Staff, *State Revenge Porn Laws*,

罪最終所要處罰者，其核心仍為私生活遭到揭露後所引致的不利事態。如果暫且和隱私連結，在解釋上，就必須處理三個先決問題：性為何特別？非公開之要件為何消融？為何加重？

首先，性在當前生活中，仍有一定程度之特殊性，法律上亦如此安排，即將妨害性自主和妨害自由區別處理。但這還沒有說明為什麼隱私部分，亦復如是。本文推測，性在此處扮演一定角色之機制有二：其一，性器或其他身體部位或性活動一旦在社會脈絡中，被視為是隱私權中最核心之領域，那麼被害人即被期待加以維護；此時，相關影像之外流，其外流可能伴隨著不利於被害人之評價，即被害人不自愛，因此不值得被尊敬，以至於可以成為被攻擊、被威脅，甚至任意提出性邀約之對象。其二，不論被害人是否可非難，相關影像既然客觀上足以引起性慾或羞恥，觀眾對於被害人之觀感即已挪移。被害人不再只是「隱私被洩漏」所以被得知某些資訊的人，而是持續被觀覽並與性發生聯想之對象。此二機制，均可能連結到前述實證研究所導致的具體實害，使得「性」不同於一般隱私。

另一個問題則是：既然都是保護隱私，為什麼性影像不要求非公開活動？固然，本文認為公開／非公開之界線不應機械式判斷，而應結合具體社會脈絡與被害人主觀隱私期待及防免成本，不過此一界線於判斷刑事責任上，仍應有其作用。也就是說，公開與非公開之實質區別在於隱私洩漏後之邊際損害與確保隱私邊際成本之權衡。如果我們認同刑罰是為了避免防免成本，增進社會福祉，那麼在前者遠大於後者時，被害人將有誘因自我保護，此時刑法介入，可以降低防免成本。相反地，倘若隱私洩漏之邊際損害極低，確保隱私之成本極高（如何避免路人不知道我穿什麼顏色的鞋子），此時被害人根本不會採取相關行為（或者直接採取不出門，轉為非公開活動），刑法介入與否自不重要。當然，此處所謂的隱私之洩漏與確保，純粹是基於「資訊被多少人得悉」的觀點。因此，初始得知資訊之人數（多數人共見共聞）、

FINDLAW (Oct. 23, 2023), <https://www.findlaw.com/criminal/criminal-charges/revenge-porn-laws-by-state.html> (last visited Aug. 6, 2024).

確保隱私之成本（可輕易採取低成本而不為），自然是公開與否之實質判斷標準。

如果從資訊被得悉的角度出發，竊錄非公開活動，展延了資訊被保存的時間，導致累積得悉人數之提升，且被害人無法就此採取任何防免行為，進而只能在一開始放棄行為，導致生活無法開展。與此相對，竊錄公開活動，雖然效果一樣，但是因為資訊本可能因為共見共聞的眾人傳述而為人所得悉，因此就算延長時間，效果相較之下亦有限。

表面上看來，攝錄公開之性器或性活動，本身對於資訊被得悉，其實造成的額外損害也相當有限，為何不邏輯一貫地排除在外？原因或許就在於，性影像外流的真正成本，不只是影像內容之事實被得悉，而是觀影者觀覽後的心態改變，並且與被害人產生性聯想後，可能連結到的實害風險。這也是為什麼處罰範圍僅及於「性影像」，而非口耳相傳或者文字記述之性活動。如此一來，便不能單純從「資訊為人得悉」之觀點理解「性隱私」，而是應該從觀影者之心理狀態變化，以及變化後可能引致之行為及不利益事態，實質認定。

（三）要件之解釋

上開法益之討論，一大功能在於從何種方向切入解釋既有要件，並試圖增設不成文要件，限縮本罪成立，以切合保護法益。以下將以前開法益討論為基礎，討論本罪要件之內涵。

1. 被害人同意

本罪章第 319 條之 1 與第 319 條之 3 所非難之行為分別是「未經同意」而攝錄或散布等行為。反面言之，經同意而攝錄或散布者，則不該當本罪。然而，同意之內涵如何，在未明示的情況下，是否構成同意而能阻卻本罪之構成要件，不無疑問。舉例而言，裸身表達抗議訴求之示威者，是否「同意」與會者或記者加以攝錄並公開播送？又，成人影像工作者，於其影像產品中加註禁止重製，此時消費者加以上傳至雲端，並分享與他人，是否觸犯本條？

抑或，於社群軟體中展示自我，但為免被認出，而要求觀覽者禁止認親並轉傳至其他平臺，觀覽者仍予轉載者，是否構成本罪章犯罪？

倘欲回答上開問題，仍須回歸同意之本質。同意之所以能阻卻構成要件或是違法性，關鍵在於法益處分者自願處分其法益。因此，此處之關鍵，毋寧是理解上開各例之人，是否真摯地處分本罪所保護之法益。倘若肯定，則行為人自然不該當本罪之構成要件而不成立本罪；反之，則仍有相關責任成立之空間。

倘若從傳統隱私角度出發理解攝錄或散布性影像之罪，自然可以排除被害人不欲享有合理隱私期待而遭攝錄或散布之情形。舉例而言，行為藝術家³³或者抗議者³⁴展露性器或客觀上足以引起性慾之身體隱私部位，縱使未經同意將之攝錄，或者記者經過同意拍攝後，由觀眾私下重製轉發，即應認為不屬本罪之保護客體³⁵。同理，成人影片拍攝者，私下重製並跨平臺散布，固然未得任何人同意，但仍非本罪所欲處罰之範圍，而應委由著作權法加以處理³⁶。不過，此處一旦透過隱私權角度加以排除，便會繞回前文保護法益所面臨的疑難，並導出如下結論：公開活動並不值得保護，但私下拍攝被搶先上映的成人影片，則該當之。

不過，如果跳脫單純資訊揭露之觀點，以觀覽者之心態變化連結後續不利事態作為性隱私之內涵，便可能得出不同結論。簡言之，關鍵不在於有沒有更多人知道，而在於「看」到後的狀態。那麼，更多人看到，似乎就可能導致更大的法益侵害。準此，裸體示威者如未同意攝錄而攝錄之，仍該當之。至於自行或同意拍攝，而（擬）發布者，其發布行為，倘係對不特定多數人，因此其應可預期不特定多數人可能觀覽其性影像，並承受他人觀覽後可能行

³³ 例如2014年於柯隆透過陰道排出內含顏料的「蛋」來作畫的Milo Moire。

³⁴ Jessica Mandanda, *Understanding the Radicalism of Naked Protests as a Decoloniality Tool for Feminist Activism*, KING'S COLLEGE LONDON (Aug. 7, 2023), <https://www.kcl.ac.uk/understanding-the-radicalism-of-naked-protests-as-a-decoloniality-tool-for-feminist-activism> (last visited July 27, 2024).

³⁵ 肯認本罪保護性隱私，但認為攝錄公開性活動者仍該當本罪，請參考許澤天，前揭註4，頁370。

³⁶ 相同看法，請參考許澤天，前揭註4，頁370。

為之風險。準此，除非影中人加密影片，且設有觀影者「身分」之條件加以把關，否則不在相關犯罪保護之範圍內。因此，成人影片雖然設有不得重製之條件（完全不得重製，或者應付費重製），亦非觀影者身分之控管，私下重製，仍不處罰。

2. 人格識別性之要求

從法益出發，也有助於釐清性影像本身是否需具「人格識別性」之要件。有論者認為若性影像無法與特定個人相連結，即無個人法益受到侵害，亦有學者從之³⁷。不過，有趣的是，此項爭議於保護隱私之妨害秘密罪章，討論不若本罪熱烈³⁸。就以生活中常見的裙底或廁所偷拍，似乎也不要求拍攝內容必須「直接」具備人格識別性。如認本罪所保護之性隱私，只是加重處罰的隱私，縱然被攝錄對象難以辨認，亦難謂無個人法益受到侵害，否則不啻承認：攝錄時倍數放得越大，成罪空間越小。不過，若是從名譽出發，則可證立一定人格識別性之必要。蓋倘若無論如何均無法辨識影中人為何人，自然不會減損影中之名譽。

此時，如果透過上述觀覽者之行為可能導致之不利益狀態出發，人格識別性之實質門檻，應在於他人可能辨識他人，並在數位或實體空間中，進行接觸。因此，並不是單純影像中出現代表個人特徵（痣、胎記、紋身）就當然認為人格識別性之要件已經滿足，而是要第三人能夠具體將特徵連結到特定人，始足當之。另外，所謂的第三人，也不宜設定在非常熟悉的親友或熟人³⁹，否則不僅在實務上將難以操作，也和本文所定位之保護法益內容有所距離。舉例而言，僅有性器特寫之性影像，因為運鏡過程照到床單或擺設，而被同居室友或者伴侶辨識出影中人，此時法官應如何判讀影像中之資訊，

³⁷ 採取肯定見解者，請參考林琬珊，前揭註10，頁51；許澤天，前揭註4，頁369。排除人格識別性要求，請參考古承宗（2023），〈刑法作為抗制「數位暴力」之手段：以惡意影音為例〉，《月旦法學雜誌》，333期，頁19。

³⁸ 有認為刑法第315條之1並不要求人格識別性，僅要求「他人性」，故本罪亦然。請參考古承宗，前揭註37，頁18。

³⁹ 不同意見請參考許澤天，前揭註4，頁369。

具體認定是否足資辨認？最終，作為合理平均第三人，法官也只能依照自己擁有的資訊進行判斷而已。至於性影像為親友、熟人可辨識，本文亦不否認將對於被害人生活造成重大影響，然而這和前文所謂的不利益狀態有間。前文所描述的不利益狀態，更多是來自於生活圈以外的陌生人所發動的騷擾、威脅、跟騷，或者是專業領域上的人際圈，倘若此等「圈外人」不足以辨識出被害人，那麼就算親近者能夠辨識，亦不宜認為該當此一不成文要件，而成立本罪。

另外，值得補充說明的是，此時的人格識別性要件，不宜只從影像本身加以論斷。實際上，被攝錄者之身分是否「足資」辨認，其實仰賴的是第三人所具備之資訊。然而，此等資訊來源管道有三：純粹影像內容之資訊、其他附隨於影像之資訊、非關影像之公開資訊。舉例而言，同樣燈光和收音條件下，一位短期來臺遊玩之觀光客被攝錄之性影像，和叱吒政壇之長青立委相比，後者更容易被辨識，但原因卻非影像內容，而是因為有更多公開資訊相互對照。因為第三人在日常生活中更能夠接觸到後者的面容、聲音、行為模式，而能夠加以辨認。同樣地，如果回顧過往復仇性色情之發展歷程，也可以發現人格識別性不必然源自於影像內容，而可能透過在影像外提供其他資訊供人辨識，例如社群媒體帳號、生活照對照圖、聯絡方式等。因此，散布幾無辨識可能性之性影像，但是搭配相關個人資訊，使得觀覽者得以連結至影中人時，亦宜認該當人格識別性之不成文要件；然單純散布該性影像者，因其散布內容不具人格識別性，而可排除罪責。

（四）競合與告訴乃論

如前所述，攝錄、散布性影像等行為，修法前即已觸犯其他罪名，修法後即因此發生競合問題。簡言之，未經同意散布性影像，可能該當刑法第 235 條之散布猥褻物品罪，亦有學者認為得以刑法第 310 條誹謗罪論處。修法後，更成立第 319 條之 3 之罪。此時，在競合上，由於散布猥褻物品罪所保護者乃是性風俗或性道德，而為集體法益，自與散布性影像罪所保護之個人

法益不同。又，如認本罪所欲保護者與誹謗罪所欲保護之名譽法益不同，此時三罪想像競合，從一重即散布性影像罪處斷。

倘若是未經同意攝錄性影像，則應視攝錄內容是否非公開或者屬於當事人不欲公開之身體隱私部位。如為肯定，則另構成刑法第 315 條之 1 之窺視竊聽竊錄罪。如認未經同意攝錄性影像罪保護性隱私法益，則因與妨害秘密罪章之隱私法益具有同質性，而依法條競合之吸收關係，論以攝錄性影像罪⁴⁰。否則，即應以想像競合處理之。至於以強暴、脅迫、恐嚇或其他違反意願之方法而攝錄者，除上開二罪外，另外構成強制罪，然由於強制罪之要件悉由第 319 條之 2 包含，因此宜以法條競合之特別關係，以後者論處。

另外，本罪章呼應妨害秘密罪章，設有告訴乃論之規定。準此，當事人本得透過提起告訴與否，保有開啟侵犯隱私犯罪刑事程序之處分權，這一點也一定程度地反映在妨害性隱私罪章中。第 319 條之 6 即規定未經同意攝錄性影像，以及未經同意散布合意攝錄之性影像，以及兩者之未遂犯，須告訴乃論。換言之，本罪章其他行為，例如違反意願攝錄性影像，或散布非合意攝錄之性影像，以及意圖營利便利未經同意或違反意願之攝錄性影像行為，或意圖使人觀覽而攝錄未經同意或違反意願之性影像者，均屬非告訴乃論。

基本上，意圖營利而便利，或者意圖散布而攝錄者，在體例上仍然對應於妨害秘密罪章。有疑義者在於散布行為之可非難性，為何會和影像之攝錄手段有所連動？誠如學者指出，散布行為本身之法益侵害程度，應不以攝錄之手段而有不同⁴¹。縱使認為應當加以評價，在條文體例上似非不得透過競合方式處理，亦即分別規範前端之未經同意或違反意願攝錄，以及後端之未經同意散布等行為。如果我們能夠接受此等競合之處理方法，那麼就可以很明顯地看出現行法在告訴乃論規定上值得玩味之處：被害人既然可以透過不提告而放棄追究未經同意攝錄性影像者，亦得不追究散布合意攝錄之性影像者，但是散布未經同意攝錄之性影像者，屬於非告訴乃論，因此論罪上必然

⁴⁰ 許澤天，前揭註4，頁369。

⁴¹ 許澤天，前揭註4，頁375。

評價未經同意攝錄與未經同意散布。然而，如果採取競合方式處理，被害人可能放棄針對未經同意攝錄提起告訴，或是針對未經同意散布放棄提告，那麼在量刑評價上，至少可以反映出被害人之意願。本次立法不採競合模式，或許在量刑上之直接差異不大，但在告訴乃論之差別規定上，可能產生刑度之極大落差。如此差異，背後實質理由為何，有待進一步論述。

二、深度偽造／電腦合成不實影音作為犯罪工具之規制

刑法第 319 條之 4 則針對以電腦合成之不實性影像為規制對象，然而立法理由則特別提及「深度偽造」（Deepfake）技術。事實上，此等電腦合成之不實影像，並非僅於妨害性隱私及不實性影像罪章中出現，在本年度的修法中，也同樣增訂於刑法第 339 條之 4 加重詐欺罪之事由之一。下文將先釐清法條文字之內涵，而後分別討論利用此等電腦合成不實影音作為犯罪工具於各罪之目的與解釋，最後探討刑法有無必要針對此等工具獨立成罪，以因應新科技做為遂行犯罪之工具。

（一）深度偽造與電腦合成或其他科技方法

首先，必須先予釐清者，乃是構成要件中所謂「電腦合成或其他科技方法」和一般技術上認知的「深度偽造」關係如何⁴²。從概念上理解，電腦合成或其他科技方法，其實並不侷限於深度偽造，甚至遠遠早於深度偽造技術之問世。早在生成式 AI 問世之前，即出現照片內容之調整。進入 21 世紀後，手機拍照與社群媒體之勃興，更催生修圖軟體。影片內容經過電腦合成者，亦非罕見。然而這些都不是所謂的深度偽造。深度偽造其詞根中之「深

⁴² 直接以深度偽造作為新法文字之討論對象者，請參考陳俊偉（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，頁21-39；李岳軒（2023），〈我國深度偽造技術（Deepfake）之治理與修法評析〉，《月旦法學雜誌》，338期，頁130-146；秦偉翔（2023），〈論深偽（deepfake）不實影像之刑事管制：以保護法益為核心〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；初怡凡（2023），〈論深度偽造影音影像之規制：以散布之處罰為中心〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

度」二字，源於深度學習，係指透過機器學習方式，習得大量資訊並形成模式，進而得以在更動面貌的情況下，而仍能自然掌握面部肌肉運動，生成擬真之影像。尤其，深度學習的過程中，又常使用生成式對抗網路（Generative Adversarial Network, GAN）進行訓練，以增進擬真程度，導致此技術能夠超越使用者個人之技術，而產出一定擬真的成品⁴³。

雖然概念上立法文字所使用之「電腦合成或其他科技方法」，範圍較深度偽造寬泛，然而如果進一步在法學資料庫檢索，可以發現此一詞組實際上最早出現在 2022 年 5 月 11 日發布之「證券期貨市場相關公會新興科技資通安全管控指引」，其餘諸如刑法、公職人員選舉罷免法、總統副總統選舉罷免法、洗錢防制法等，均為 2023 年修法納入此等文字。因此，從立法活動觀察，雖然此等文字較為寬泛，然實際上應係受到深度偽造技術發展之啟發而來。

立法理由中，似乎有證據支持立法者認識到深度偽造技術不當然等同於電腦合成或其他科技方法。例如刑法第 319 條之 4 之立法理由三，將深度偽造技術作為行為手段之例示之一，應可判定立法者認為深度偽造技術包含於電腦合成或其他科技手法。不過，從其他法律或命令觀察，可以發現未必如此。例如，公職人員選舉罷免法第 51 條之 3 第 1 項先是以深度偽造聲音、影像為要件，卻又在次項將深度偽造，定義為「以電腦合成或其他科技方法製作本人不實之言行，並足使他人誤信為真之技術表現形式。」另外，前述之證券期貨市場相關公會新興科技資通安全管控指引，其第 39 條所規範之「使用電腦合成或其他科技方法製作或散布涉及真實人物實際未發生的行為舉止影像紀錄、動態圖像、錄音、電子圖像、照片及任何言語或行為等技術表現形式。」其實也是針對同指引第七章「深度偽造防範安全控管」之定義。就此，可以發現立法者其實將兩套名詞循環定義，以致難以確認立法者使用「電腦合成或其他科技方法」時，其真正所欲規範之界線何在。

⁴³ 深度學習與深度偽造之技術基礎，see TOM TAULLI, ARTIFICIAL INTELLIGENCE BASICS: A NON-TECHNICAL INTRODUCTION 76-80 (2019).

本文認為，考慮到立法活動發生之期間，條文文字之體系一貫性，以及避免循環定義之謬誤，所謂「電腦合成或其他科技方法」應指和深度偽造具有類似或以上之技術與擬真程度。也就是說，應當具備某種透過人工智慧或機器學習技術，使得某種工具可以在短時間之內，不待使用者能力高低與時間付出，產出高度擬真之影像或聲音等表現。如此解釋，可以避免過度網羅任何使用電腦「編輯」之影像或聲音。蓋此等對象早就出現，立法者實無理由經過許久才對此立法加重處罰。其次，如此可以確保相同文字在各個地方內涵一致，不論針對深度偽造立法條文之定義或單獨出現時，均有類似之內涵。最後，唯有將深度偽造彰顯之技術本質作為下限，才不會使「電腦合成或其他科技方法」失去定義或框限深度偽造之功能。準此，個人利用電腦自行編輯、使用修圖軟體換臉，即應排除於電腦合成或其他科技方法之要件之外⁴⁴。

（二）不實性影像之侵害法益與適性要件

前段闡述電腦合成及其他科技方法之內涵，下文將接續前節關於性影像之討論，分析不實性影像之保護對象為何，以及足以生損害於他人之實質內涵。

首先，在探討保護法益前，須先說明「不實性影像」之內容。文義上，不實性影像可能的態樣有二：將某人之面貌嫁接他人性影像，或直接改作他人性影像，例如將畫面中性器或身體隱私部位加以修改或合成。前者應屬最典型之情形，但此時畫面中存在 2 個主體，一是性影像內容之實際被攝錄者（換臉者），二是面貌被合成於該性影像之人（露臉者）。此時不論對於何者而言，均屬「不實性影像」：面貌不是換臉者的，而身體不是露臉者的。由於條文規定必須「足以生損害於他人」，始足論處本罪，因此確立誰是被害人，至關重要。至於單純改作性影像，則僅有 1 個主體存在，尚無確認被害人之必要。至於是否受有損害，亦必須從保護法益觀點出發，方可確認。

⁴⁴ 認為一般改圖手段於立法論上應涵括於本罪之行為手段者，請參考古承宗，前揭註37，頁18。

根據條文體例，本罪既與前述真實性影像犯罪置於同一罪章，似可以同一法益作為思考起點。循前文檢討順序，若以（性）隱私作為保護法益，被害人無非只有實際露出性器或身體隱私部位或進行相關行為者。蓋對於露臉者而言，不實性影像之內容，本非其身體部位或活動，自無（性）隱私被侵害之情。在此情況下，「足以生損害於他人」之他人只能是換臉者。從性隱私保障之觀點，對於前者如非合意攝錄或散布，早已侵犯性隱私，不待換臉與否。固然前述觀點中，有所謂人格識別性要件之爭論，然而如前所述，對於隱私之保障，應與人格識別性無關。退步言之，縱認人格識別性就性隱私而言有其必要，換臉之後雖然容易使人對人格識別性有所誤認，但仍可能透過身體特徵、場景等，辨識出實際性影像之影中人，而滿足人格識別性。簡言之，如果不拍攝面部的性影像不會完全排除其人格識別性的要求，那麼換臉後不應改變結論⁴⁵。職是，對於身體隱私部位或從事相關行為之換臉者，仍應實質檢視是否侵害其性隱私。此時，足以生損害於他人此一要件，或許適足以承擔人格識別性之審查任務。只是，這樣理解本罪，其實反而架空了本罪，如果換臉者本不同意拍攝或散布，那麼換臉與否增加何等不法性，何不於攝錄或散布時，循本章其他罪名論處？

此處，可以先簡要討論何謂「不實」。從極端的角度來說，既經電腦合成或科技方法「製作」，因為影像內容已經改動，絕非百分之百之真實。不過，倘若如此理解，似乎架空「不實」之功能。另一個寬鬆的理解是，所謂不實是指無中生有，也就是影中人沒有發生過此等性活動，因此倘若利用演員「還原」現場，再以深度偽造技術換臉者，即非不實。兩種極端立場實為光譜，其中差別不過在於真實認定的細膩度，倘若要求客觀真實的符合程度越細膩，就越容易成立不實之要件。本文認為兩種極端各有其弊，嚴格認定不實將架空不實要件，寬鬆認定不實將使得真實性影像之散布得以被借屍還魂（不能散布真的，不如用個擬真的）。一個可能的理解是，將本條之不實要件做為區隔真實性影像與製造性影像之保護對象。也就是說，此處的不實

⁴⁵ 當然，一種想法是換臉後的性影像，是一種降低人格識別風險的影片，因此就換臉者而言，並不成立性影像相關犯罪。

應當是影像內容「人格識別性」之不實，而不及於其他不實，關鍵在於保護被「誤認」之人。只要是合成或製作有變更具體人格識別性者，即足當之。換言之，換臉或者合成胎記、紋身等人格識別性，即應適用本條，以演員還原而換臉者亦同；合成其他內容，例如把牆上的畫合成為偉人照片、改變場景等等，則仍適用真實性影像之條文論處。簡言之，不實應緊扣「他人」，而解為「他人不實」之性影像，而非他人「不實之性影像」。

當然，從隱私的觀點，也不是不能推導出對於露臉者之保障。即有論者從「資訊隱私權」觀點，論證使用他人影像作為深度偽造影像之製作素材，有侵害隱私之虞⁴⁶。和這樣的觀點類似者，亦有所謂「資訊自決權」，過往實務即有本於個人資料保護法第 41 條論處相關深度偽造影像⁴⁷。不過，此等觀點在當前立法者僅針對深度偽造「性」影像加以處罰，而非一般深度偽造影像之情形下，是否適切作為解釋之準繩，仍有疑問。本文認為，即便認同上開觀點，但不足以說明深度偽造「性」影像之處罰必要。

有論者提出名譽法益亦可成為本罪保護法益之候選者⁴⁸。本文贊同此一結論，但肯認此等事實，不代表本罪本旨在於保護名譽法益。露臉者被嫁接於性影像中，既非真實，亦可能減損其名譽，不難想像。然而，想像上其他內容之不實影像，亦可能有同樣之效果，何以單獨將性影像特別處理，不無疑問。另外，亦有主張宜將本罪設定在保護「一般人格權衍生之形象法益」⁴⁹。申言之，不實性影像雖然不會直接影響他人外在名聲，但可能影響他人社會形象。此等主張固然有其比較法之參考依據，不過是否符合我國之立法背景，值得商榷。縱認社會形象得以支持本罪之立法，為何範圍僅限於「性影像」而不包含其他不實影像（神職人員罵髒話、政治人物數鈔票、幼幼臺主持人抽菸？），也同樣值得討論。姑且先限縮於性影像，此時如何將社會

⁴⁶ 顧庭弘（2023），〈論製作深度偽造影像行為入罪化的合憲性：資訊隱私權的觀點〉，頁31以下，國家科學及技術委員會補助大專學生研究計畫研究成果報告。

⁴⁷ 例如臺灣高等法院111年度上訴字第3787號刑事判決。

⁴⁸ 許恒達（2022），〈深度偽造影音及其刑法規制〉，《法學叢刊》，67卷1期，頁20-21。

⁴⁹ 許恒達，前揭註48，頁22-25。

形象結合「足以生損害於他人」之適性要件進行結合，更為棘手。法官究竟應當了解個案被害人的社會形象，進而判斷此要件，抑或是通案認定某些性影像客觀上足以生損害於他人？又，什麼樣的性影像會真正產生形象上的崩壞？

當然，另外尚有一種可能性是性影像之影中人，不論真實與否，都可能淪為他人性幻想之客體，而被客體化⁵⁰。這部分的論述固然有其見地，然而此等利益減損狀態是否具有刑法保護之法益適格，有所疑問。首先，被性幻想實際之利益減損，除了被害人情緒上之不舒服外，難以掌握以及刻劃。當然，刑法本來就不排斥保護情緒上的安全感，恐嚇危害安全罪以及新立法之跟蹤騷擾防制法即為著例。然而，此等立法尚可以和行為改變相連結，而連動到外在客觀世界的利益狀態。簡言之，心生畏怖者，可能改變回家路徑，放棄大眾運輸，改採較為安全但成本較高之交通方式；可能不願出門，放棄心愛的娛樂活動或生活方式，這些都是具體的利益減損。與此相對，單純因為得悉淪為他人幻想客體或對象，除了不適或噁心的感受外，具體可能引致何種利益狀態的改變，有賴進一步實證研究支持。

進一步言之，倘若本罪保護法益要定性為，得悉淪為性幻想客體之不適感受，那麼相關條文要件上可同時存在處罰不足或過寬之情形。具體言之，在不實性影像之情形，並不處罰自行製作而無散布之情形，因此無法避免技術本身和素材之散布。簡言之，行為人大可同時上傳軟體與圖片，供人下載後自行合成，此時被害人仍難以擺脫上開不適情緒。實際上，現行法之所以不處理這樣的情形，或可認為供人自行下載合成時，不會有使人誤以為真，進而造成觀感改變，而有上文法益侵害事態之危險。另一方面，若將法益如上定位，可能導出性關聯以及人格識別性要件之淡化。因為縱使觀覽者完全沒有線索判別影中人身分，但仍從影中人胴體或行為獲取性快感，此時若由

⁵⁰ 相關論述，see, e.g., Regina Rini & Leah Cohen, *Deepfakes, Deep Harms*, 22 J. ETHICS & SOC. PHIL. 143, 147 (2022). 中文整理及討論，請參考鄭羽月（2023），〈製作或散布他人不實性影音罪之重新檢討：從新型態數位性暴力「深偽色情影音」談起〉，頁15以下，國家科學及技術委員會補助大專學生研究計畫研究成果報告。

被害人知悉，亦可能引致上開情緒，而應邏輯一貫地加以處罰。如果針對此種情形加以介入，可以預期解釋上的成罪範圍將較前述為寬。

對此，本文主張回歸前述復仇性色情之發展脈絡，將本罪定位為不實性影音散布後，將導致觀覽者之心理狀態改變，而後影響對於露臉者之觀感，甚而導致對於露臉者之攻擊、威脅、騷擾等行為，或者導致其人際交往之不利。如此一來，始可將相關行為導致之利益侵害，和性影像的特質緊密相連。質言之，散布他人其他影像，固然也會侵犯單純隱私或名譽，但至多引來困窘的感受以及名譽之貶損，這部分的法益侵害已由既有之妨害秘密及名譽犯罪處理完畢。然而，散布（不實）性影像可能使影中人在觀影者心中與性產生連結，進而引起觀影者之慾望或情緒，導致後續受到攻擊、威脅、騷擾等行為之風險提高。

不同於本文，另有見解進一步從女性主義與物化觀點出發，將本罪保護法益定位為超個人法益，認為深度偽造性影像將女性視為工具性、可替代性、無主體性之客體，而傳遞女性為性玩物之訊息⁵¹。此等觀察富含深刻之理論，然而能否填充作為本罪（章）之具體保護法益，恐怕需要面臨以下挑戰。首先，純粹超個人法益之定位，將排除個人同意的可能性。此等見解對於本罪章真實性影像之犯罪，已超出釋義學範圍。本罪雖然並未明文將未經同意作為要件，然現實生活中，亦不排除露臉者主動同意他人將面部合成於既有之（性）影像之上。將法益設定為純粹的超個人法益，將使得影中人無法透過同意，阻卻本罪成立。對此，論者透過將本罪認為保護法益具有個人與超個人雙重性質，僅於兩者兼備時始具可罰性，容許影中人同意阻卻本罪之空間。不過，這樣的設定，便須面臨第二個挑戰：倘若要求雙重法益侵害始予介入，於欠缺超個人法益侵害之情形下，是否對於具體被害人保護不足？這部分如同論者所意識到的，有賴於法院對於「所屬群體」的定義。然而，難就難在個人可能身屬不同族群，鮮有全方位的「勝利組」，想像上不難找出偶然的幾項特徵符合某種非優勢族群⁵²。如此一來，究竟要如何考慮其所屬，是否

⁵¹ 鄭羽月，前揭註50，頁17以下。

⁵² 舉例而言，被害人具備q₁、q₂、q₃等優勢族群之特徵，同時亦具有d₄、d₅之非優勢

要從觀覽者角度出發，又或是應當採取一般觀察，都可能在法律適用上，迎來一些挑戰。

最後，可以補充說明的是，不實性影像相較於真實性影像，增加了「足以生損害於他人」之要件。一般而言，此等要件稱為適性犯，主要用來對抽象危險犯進行限縮。然而，在具體個案上，之所以需要此一要件，或許可以從前述保護法益的保護討論。假設如前文主張，本罪章主要保護的是觀覽者於觀賞不實性影像後，因為相關內容而勾起對於露臉者之騷擾、攻擊或威脅之傾向的風險。因此，此一要件或可扮演篩除不具此等風險行為之功能。具體而言，可能是情節過於誇張（例如被害人與臺灣雲豹之人獸交影像），又或是製造影像易於辨識真偽（影中人有 16 根手指），抑或是合成的性影像內容本身並不會引起上開情緒反應（露臉者是性攻擊的一方），或許都可以排除在外，而不需要本罪之介入。

（三）不實影音作為詐欺工具

前文討論利用電腦合成或其他科技方法（深度偽造技術）製作不實性影像之保護法益與要件解釋，本段將聚焦討論增訂第 339 條之 4 第 1 項第 4 款之事由。修法理由略謂：「……，以電腦合成或其他科技方法製作關於他人不實影像、聲音或電磁紀錄，可能**真假難辨，易於流傳**。詐騙集團之犯罪手法亦推陳出新，……，**易使被害人陷於錯誤**，且可能造成**廣大民眾受騙**，其侵害社會法益程度及影響層面均較普通詐欺行為嚴重，有加重處罰之必要，……。」（強調為筆者所加）簡言之，增訂本款事由，主要因應者乃電腦合成或其他科技方法之產物，容易取信於人，且流傳迅速影響範圍廣。修法理由確實描繪出深度偽造等電腦合成技術的效果，然而有疑問的是，是否具有如此效果，就確實需要加重處罰？

族群之特徵。當行為人將此被害人合成於性影像中時，究竟如何判斷被害人身處哪一群體，而此等性影像又侵害哪一「群體尊嚴」？應當抽象判斷被害人特徵，抑或是綜合影像內容進行個案判斷？

是否加重處罰，在刑法上牽涉到行為之不法性。法益侵害程度越高，自須更重之處罰加以嚇阻。然而，詐欺犯罪之不法性何在，其社會成本為何？本文認為，詐欺犯罪之社會成本，並非從被害人移轉至行為人之財物或利益，此為財富移轉，並非社會成本。詐欺罪產生的社會成本，毋寧在於行為人所投入於詐術之成本，以及被害人因為面臨可能的詐欺情況而投入的徵信成本或者防免成本⁵³。質言之，面對可能的詐騙，被害人可能不會直接相信相對人所提出之資訊，進而多方查證，產生成本；在查證後仍不相信相對人的情況下，可能拒絕交易，或者乾脆不查證而拒絕者，亦導致產生社會損失。兩者成本之關鍵，其實取決於不法行為人與合法相對人之比例，以及徵信成本、防免成本、財物損失間之權衡。

立法理由之所以認為使人陷於錯誤之機率具有不法意義，是因為將法益侵害理解成個案中具體被移轉之財物，進而認為更容易使人陷於錯誤之詐術，有更高機率使財物或利益被移轉，而造成法益侵害。但如果接受上文關於詐欺犯罪之社會成本的解釋，便可以推知是否「易使被害人陷於錯誤」一事，並不直接連結到社會成本。實際上，被害人陷於錯誤，可能是被害人（理性）不查證並權衡之結果，而意味著更低的社會成本。相反地，被害人未陷於錯誤，亦可能是被害人（理性）不信任任何人之結果，反而產生過高的防免成本。於是乎，容易陷於錯誤之詐術，社會成本未必高；不易陷於錯誤之詐術，也不代表社會成本必然低。

茲舉 2 例具體說明上文論述。被害人在路邊偶遇沿街托鉢的僧伽可能會面臨是否相信並捐獻的決定。設若擬捐獻金額為 10 元，此時被害人可能不會積極查證。因為，相較於認真致電寺廟或者請求出示度牒，不論是陷於錯誤而捐獻，或者錯誤防免而拒絕，成本都不會太大。在這個情況下，被害人方面的社會成本（即徵信成本與防免成本）不高，但是陷於錯誤比例卻不低。與此相對，被害人面對水電費催繳簡訊時，面臨的可能是被騙錢或者後續斷水斷電的兩難，對此被害人可能致電確認、詢問，確保決策正確。此時，

⁵³ Michael Levi, *The Costs of Fraud*, in RESEARCH HANDBOOK ON MONEY LAUNDERING 68, 69 (Brigitte Unger & Daan van der Linde eds., 2013).

被害人先是產生查證成本，後續又可能因選擇不相信（正確的）催繳簡訊，導致斷水斷電帶來生活不便之成本。此時，雖然此等訊息一般觀察多半不被相信（難以使人陷於錯誤），但其實導致了真正的訊息被錯誤拒絕，產生更高的社會成本。

透過上述分析，可以得出單純使人陷於錯誤的可能性，並非詐欺罪不法內涵的核心，故不應單純作為加重處罰之事由。毋寧，應從 2 個角度觀察何時需要加重處罰。首先，從行為人角度觀察，當詐欺成本大量降低時，既有刑度將難以發揮嚇阻效益，而有提高刑度之必要。其次，從被害人角度觀察，防免成本提高時，顯示詐欺行為產生更高的社會成本而有較高不法內涵，亦值得以更高刑度回應。準此，既有的三款事由，分別可以從上開架構中找到其正當性基礎。冒用公務員名義，可能稀釋真正的公權力行動的可信度，甚至提高查證成本，遲滯民眾配合公務執行；三人以上共同犯之，一方面因為分工導致詐騙成本降低，二來則因為分工精細導致查證成本提高（可能多人扮演接受查證方）。最後，利用傳播工具犯之，則純粹反映詐欺之規模與金額，與是否容易陷於錯誤無關。

由此角度分析本次新增之「以電腦合成或其他科技方法」製作關於他人之不實影像、聲音或電磁紀錄，則可能從詐騙成本出發加以證立。首先，承接前述的想法，對於「以電腦合成或其他科技方法」，不能只從單純是否容易使人陷於錯誤出發，還必須要具有降低詐術成本的效果，始有加重必要。對此，諸如深度偽造技術之問世，使得上開不實影像可以快速、低成本地「客製化」，進而在一定期間內以同樣手法針對不同被害人實行詐術。有趣的是，此處於加重詐欺罪中，法條維持了關於「他人」不實影像之規定。然而，詐欺著眼於使相對人陷於錯誤，而非如性影像，對於露臉者有何等具體侵害。因此，為何限於他人而排除自己，一種可能的解釋路徑是：合成「自己」的不實影像（例如合成自己與知名政要共餐以詐取投資人信賴），本身並沒有上開顯著降低詐術成本並規模化的效果，因此似乎無須獨立加重處罰。

（四）以刑事責任一般性規制深度偽造技術？

最後，本段將簡單針對是否制定一般性刑事責任以規制深度偽造技術提出本文觀點。本文認為刑事責任不適宜介入深度偽造技術，而深度偽造技術產物之高度擬真性，亦不具備保護之法益適格。

首先，深度偽造技術本身實為一中性之技術，此亦為學者所肯認⁵⁴。固然可以用以合成「不實」之影像，但不實之影像，縱使取信於人，亦不當然意味著存在法益侵害。例如，電影拍攝途中，演員因故無法參與演出，為求連戲提升觀影體驗，以深度偽造技術換臉處理，並無任何法益侵害。從深度偽造技術作為工具而言，其實跟日常生活的器物一樣，在刑法上沒有質的分別，如同西瓜刀能砍人，但不當然指出西瓜刀本身之存在應成為刑法規制之對象。

縱使認為此等深度偽造技術高度可能造成法益侵害，而須動用法律管制，仍須思考並權衡此等中性技術之發展與法律介入可能帶來的負面效益⁵⁵。在深度偽造技術仍然可能便利人類生活的情況下，透過法律效果極為嚴峻之刑事責任加以規制，一方面可能因為刑事責任的法律效果不具移轉可能，而使得市場機制無法確保有效率的發展發生。二方面，事前的立法者與事後的刑事法院，受限於專業能力，對於此等技術發展之細節認識與掌握，往往無法確保法律被妥適地制定與適用。因此刑事責任並非首選。與此相對，由行政機關制定相關管制規則並自行執法，或許更能保持彈性，而隨著技術發展情形，迅速應變。

當然，不可否認的是，深度偽造技術之產出，具有高度擬真性，而可能使人誤信某種事實。因此，不排除有認為此等產物可以類比於「文書」，而仿偽造文書罪章另章論處。面對此一可能性，需要回應者有二：首先，不實影像本就可能該當刑法第 220 條之準文書，而針對相關之偽造、變造、登載不實等行為論處。此時，只要不實影像本身具有文書之證明效果。例如，以

⁵⁴ 許恒達，前揭註48，頁6；陳俊偉，前揭註42，頁25。

⁵⁵ 關於相關利益與風險之權衡，請參考陳俊偉，前揭註42，頁33以下。

深度偽造方式，偽造他人之不實懸賞廣告影像，或者是電話客服為求業績而變造申辦業務之語音內容時，均屬之。

既然偽造文書罪章已經足以處理具有證明功能的不實影像、聲音及電磁紀錄，那麼是否需要處理不具法律上證明功能，但由電腦合成之影像、聲音及電磁紀錄？對此，本文的基本態度是，對於不具法律上證明功能而非屬準文書者，無須另外處理。文書必須具備穩定、證明及保證三要素⁵⁶，目的即是使接觸文書之人，能夠接受製作人對於內容事實的擔保，進而使得相關具有法律重要性之事實或者前提能夠被確保。此等文書倘遭偽造或變造，便會進一步動搖保證與證明功能，使得文書失信於人，進一步使得文書無法肩負便利社會交往活動的功能。就以生活中常見的菜單為例，如果我們不能相信菜單是店家製作（所以拘束店家）或者標價屬實，那顧客不是敬而遠之，就是必然要選擇一再跟店員口頭確認、再確認，提高社會交往之成本。但是，面對不具備上開三要素之影像、聲音或電磁紀錄，因為無涉於法律重要性事實，因此就算喪失信賴，也不會真的動搖人類社會法律上的交往互動⁵⁷。因此，偽造畢業證書，必須處罰，否則文書此類簡便方式將不復能夠證明學歷；但將自己的臉合成於他人自名校畢業之紀錄影片以取信於人，就算大家日後不相信這種影片，動搖對於「影像」的信賴，也只是不相信影像，而不會影響人們訴諸文書此種核心交往媒介的信賴，因此無庸刑法加以處理。

最後，當影像、聲音或電磁紀錄，成為訴訟上證據時，以合成方式產生或改變其內容者，縱非文書，亦可能以妨害司法罪章中之湮滅證據罪論處之。例如為脫免責任，將真兇之臉合成於他人案發當日拍攝於他處旅遊之影片中，此時該影片本身並非準文書，但因為其已作為訴訟上證據而被合成甚至提出，因此已該當刑法第 165 條之罪。

⁵⁶ 文書之功能，僅參考許澤天，前揭註4，頁444以下。

⁵⁷ 社會中之互信程度越強，使用文書的機率便更低。以求職為例，臺灣雇主多要求求職者備妥學歷證明，然美國雇主則傾向相信求職者自行撰寫之履歷或以口頭方式確認。隨著互信減弱，社會則會更依賴文書。在高度互信的情況下，影像自然可信，但不代表刑法應介入直接保障，如同高度互信的社會中，說謊本身應無入罪之必要。

綜合言之，深度偽造技術，或是未來發展後具有類似效果之電腦合成或科技方法本屬中性工具，不宜以刑事責任加以論處。以此工具偽造或變造之影音內容，倘屬文書或者他人刑事被告案件之證據時，已有偽造文書罪章或者湮滅證據罪加以處理。至於不具有類似性質之影音內容，因欠缺對此等媒介之制度性信賴，而無庸如文書一般另立專章規範之。

參、實務見解：刑事立法之明確性審查

本年度憲法法院分別於 112 年憲判字第 5 號判決以及 112 年憲判字第 11 號判決，論述刑事立法之明確性審查。具體而言，112 年憲判字第 5 號判決針對公開收購之處罰規定，討論在空白授權的情況下，刑事立法之明確性標準；另外，在 112 年憲判字第 11 號判決，則討論立法與司法解釋之間的互動如何影響明確性之審查。平心而論，在審查架構與內容方面，並無超出固有釋憲實務之新意。然而在議題上，兩相比較對照，恰能彰顯出刑事立法之違憲審查，如何在明確性的要求上，探討立法權與行政權，以及立法權與司法權之分工與界限。下文將先略述兩則判決之論理梗概，而後提出本文對於刑事立法明確性之觀點，最後回頭審視兩則判決論理之妥當性。

一、最新實務見解

（一）112 年憲判字第 5 號：公開收購空白刑法

112 年憲判字第 5 號判決，針對證券交易法第 43 條之 1 第 3 項公開收購相關規定討論是否違反刑罰明確性與授權明確性。該條項規定：「任何人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額或不動產證券化條例之不動產投資信託受益證券達一定比例者，除符合一定條件外，應採公開收購方式為之。」同條第 4 項則授權主管機關制定「與前項有關取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例及條件之辦法。」因此，主管機關於公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條第 1 項規定：「任何人單獨

或與他人共同預定於 50 日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上股份者，應採公開收購方式為之。」違反上開規定者，則依同法第 175 條第 1 項規定，得處 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 180 萬元以下罰金。

聲請人認為，上開規定之違反設有刑事處罰，應符合刑罰明確性。不過，其中「一定比例」、「一定條件」，本身授權主管機關訂定，有違授權明確性；而主管機關訂定之「共同預定於 50 日內取得」本身也有歧義，而違反刑罰明確性。就此，判決援引我國釋憲實務關於法律明確性之穩定見解，重申「法律所定之犯罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性，始符法律明確性之要求。」而且只要「立法者所選擇之法律概念與用語之意義，自其文義、立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷，即無違反法律明確性原則。」

不過，由於本案涉及經濟刑法領域，且又授權主管機關制定相關規則充實要件，因此判決書又特別強調是否明確之判斷依據，乃是「一般受規範者得否預見」，而受規範者乃指一般受該規範限定範圍之人，而非一般通常智識之人。在本案之情況，即為「大量收購股份者」。故應以此等人士之理解能力，判斷系爭規定是否符合刑罰明確性原則。另外，如採空白構成要件之立法技術時，得否預見之判斷，必須「該刑罰法規與用以填補犯罪構成要件之相關規定合併整體觀察之。」

當然，如此一來不啻於為空白授權刑罰規定廣開大門，因為立法者可以制定空泛的刑罰規定，再授權委諸主管機關制定足夠明確的細節規定，合併整體觀察後，便可通過法律明確性之憲法要求。對此，判決書提出授權明確性之誡命，仍要求「由授權之母法整體觀察，已足使人民預見行為有受處罰之可能，即與得預見行為可罰之意旨無違，不以確信其行為之可罰為必要。」換言之，母法仍須提供一定之可罰預見可能性。

根據上開標準，憲法法庭認為系爭規定並無違反刑罰明確性與授權明確性。原因在於本案情形中，受規範者是實際上會收購大量股份者，故應以此

等人能否預見為斷。又綜合母法與授權制定之子法共同觀察，解釋上已足以使人預見何等行為可能受罰，故無違刑罰明確性；母法本身也足以向受規範者傳達「如不採公開收購，將有受罰可能」之訊息，而無違授權明確性。

（二）112 年憲判字第 11 號：妨害投票結果正確罪

至於 112 年憲判字第 11 號判決，則針對刑法第 146 條第 1 項與第 2 項之妨害投票罪。聲請人除主張本條刑罰規定有違反平等原則、比例原則、罪刑相當原則外，也主張此二項規定中，第 1 項之「其他非法之方法」、第 2 項之「虛偽」要件並不明確，而有違刑罰明確性。

對此，憲法法庭在該號判決中，重申其標準。憲法法庭由立法與司法之分工切入，指出立法者有權建立刑罰法律規範，而法院解釋適用刑事法律時，一方面負有使構成要件精確化之義務，二來仍需恪遵罪刑法定原則之要求，不得逾越法律解釋範疇而擴增可罰行為之範圍。在此理解之上，立法者可以衡酌相關因素，選擇適當法律概念與用語，亦得適當運用不確定法律概念，只是其制定規範之可罰性範圍，必須有得以法律解釋方法予以解釋、限定之可能。倘若欠缺足以限定不確定法律概念範圍意涵之具體化指標，則可能因個別法官獨立審判下個別具體適用而變相擴張可罰性，而抵觸罪刑法定原則。換言之，刑罰明確性雖然可以透過司法解釋協力，但對立法者而言，仍須提出不確定法律概念之具體化指標，以供審判者有限定解釋可能與客觀方向之參考依據。

扣回本案，判決書認為系爭規範（即刑法第 146 條）並無違反明確性原則，原因是因為要件之中所使用的文字，諸如詐術、虛偽等，均可以從整體法規範中找到類似字眼，甚至是日常用語，因此不會違反受規範者的預見；而刑事法院亦得據以解釋適用系爭規範，因此無違刑罰明確性原則。

二、刑罰明確性之內涵與功能

本段將討論刑法明確性之內涵與功能，在進入下文前，必須先說明刑罰明確性，其實存在一預設：法條文字解讀後的結果，大於立法者本意所欲處

罰之範圍。也就是說，並不是條文文字存在多義性，即當然違反刑罰明確性，而是多義性之中，一部分文義並非立法者有意處罰，或者不適於處罰之情形，才會納入是否違反刑罰明確性之討論。因此，即使殺人罪中的「人」，文義範圍上可以解析成僂僂提携、士農工商，然而這些具體化後之概念，本就是立法者為保護生命權所欲納入之行為客體，因此並無違反刑罰明確性之疑慮。與此相對，司法院釋字第 777 號解釋則認為肇事一詞因包含（不欲／宜處罰之）對於交通事故無過失者，而認為有違法律明確性。綜合以上，刑罰明確性的問題，本身其實可以化約成：文義大於應處罰範圍之問題，也就是處罰過廣的問題，而和比例原則之審查原理相容。

（一）比較法上之類似概念

刑罰明確性原則，並非我國或者大陸法系國家所獨有，即便是普通法系的美國，亦有與此原則概念相通之「模糊無效原則」（void for vagueness）。我國學者參酌德國學說，認為刑法（罰）明確性具有權限確保以及自由保障之功能⁵⁸。前者係指國家動用刑罰必須經過主權者同意，故由代表人民意志之立法者決定國家刑罰權，方能通盤考量法益保護與自由干預⁵⁹。此外，刑罰明確性亦發揮使受規範者認識是否從事特定行為的作用，並確保受規範者之行為自由⁶⁰。

與此類似，美國刑法之模糊無效原則，也同樣扮演著類似功能。美國聯邦最高法院指出：沒有人必須冒著生命、自由或財產上的危險，臆測刑事法典條文之意義，所有人有權知悉國家所誡命或禁止之行為⁶¹。從此憲法誡命出發，一般認為此原則背後之目的有三：提出合理警告（fair warning）、避免恣意或歧視性執法、避免侵害第一修正案所保障之權利。具體而言，提出合理警告是為了避免受規範者因模糊文義而誤觸法網，莫名受罰⁶²。而避免

⁵⁸ 薛智仁，憲法法庭110年度憲二字第67號鑑定意見書，頁10。

⁵⁹ 薛智仁，前揭註58，頁10。

⁶⁰ 薛智仁，前揭註58，頁10。

⁶¹ *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451 (1939).

⁶² WAYNE R. LAFAYE & JENS DAVID OHLIN, *CRIMINAL LAW* 135 (7th ed. 2023).

恣意或歧視性執法，則是因為模糊不清的文義，可以孳生甚而擴大第一線執法者個人之解讀空間，使得個案執法者有空間恣意執法⁶³。至於避免侵害第一修正案所保障之權利，則著重於受規範者過度遵法之情形，也就是為了避免處罰，而主動放棄其自由⁶⁴。兩相對照，可以發現美國刑法之模糊無效原則，也強調了權限確保與自由保障，只是在後者而言除了避免誤觸法網外，也強調為免違法而放棄合法行為之機會成本⁶⁵。

（二）功能：自由保障與權限確保

進一步闡述上述兩大功能，可以發現自由保障功能，直接針對受規範之人民而發。亦即，模糊或者不明確的文字，會使得受規範者無法預見何種行為可能受罰，何種則否，進而使刑法規範喪失引導行動之功能。一般而言，學說多半關注所謂「誤觸法網」之情形，也就是受規範者因為規範本身不明確，而未能認識其行為之可罰性，終致罹於刑典。因此，學說以及我國釋憲實務，即認為受規範者能夠預見其行為可能受罰，即符合刑罰明確性。司法院釋字第 680 號解釋所引介之「薄冰原則」背後隱含之意義，亦復如是，即國家不必要具體指出行為人可能於哪塊冰滑落，只要指出滑冰本身具有危險性為已足⁶⁶。不過，誠如美國刑法指出，另一個較少被談論，但同樣可能重要的是：模糊不清的行為規範，可能導致行為人放棄某些行為，或者產生相應的遵法成本。此等放棄的行為，或者不應產生的遵法成本，都是清楚規範可以避免的社會成本。套用薄冰原則的比喻，國家固然不必要指出哪塊冰可能滑落，但也不宜在岸邊就設置意味不明的警語，使得民眾止步於岸邊 300

⁶³ *Id.* at 139-40.

⁶⁴ *Id.* at 140-41.

⁶⁵ 除了上述三個較為主流之功能，另有強調「可司法審查」之面向，強調司法審查行政行為之可能性，以及上訴審對於下級審認定事實細緻度之確保。簡言之，寬鬆的文字將使得司法欠缺標準審查行政行為，事實審也將欠缺認定事實之細緻依據。相關整理，*see* Andrew E. Goldsmith, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, 30 AM. J. CRIM. L. 279, 293 (2003).

⁶⁶ 司法院釋字第680號解釋許宗力、謝在全法官共同提出之協同意見書，頁11以下。

呎，喪失近距離（但安全）欣賞湖冰的利益。考慮到守法者眾，違法者寡，從最終總量觀之，或許避免罹於法網所採取的遵法行為，成本更高。

至於德國法上之權限確保功能，則可以結合美國法恣意或歧視性執法之邏輯，從權力分立導出⁶⁷。質言之，罪刑必須「法」定，而不得由行政權或司法權代勞，行政權及司法權亦不能逾越法定範圍，施加刑罰⁶⁸。之所以如此，係因立法者在資訊上（多元代表）以及利害關係上（同時作為受規範者與受保護者），相比於其他機關，更適於進行整體社會法益保護與行為干預之計算。

不過，所謂權限確保或者權力分立，是不是刑罰明確性所欲處理的對象，仍有探討餘地。首先，本質性的問題是，權力分立究竟是目的或者手段？如果權力分立本身仍然為了確保人民自由，那麼作為一種手段，其本身似無單純獨立於自由保障而加以保護之必要⁶⁹。其次，內含於權限確保之恣意或歧視執法，固然因為模糊不清之文義而更為容易，但前提仍然在於執法機關能夠針對特定族群執法。這就連結到前述的本不欲處罰卻落入文義範圍之前提，倘若特定被針對族群本身不會落入文義範圍與應處罰範圍之落差區間，那麼也無所謂恣意或歧視可言。這些被恣意對待或歧視之族群，本來就是自由保障功能所保護之對象，與其說他們被針對是恣意執法的結果，不如說他們本就被（模糊不清的）文義所涵蓋，真正被優惠的是那些選擇性縱放的對象。如此觀察，其實就連結到對於恣意或歧視執法的第三點質疑：執法機關只要有裁量權，就有可能有所選擇，而有所謂歧視之疑慮。小至選擇何時對何人「破曉」出擊、中至警察機關內部績效評點、大至檢察機關內部之政策

⁶⁷ 直接從權力分立觀點切入模糊無效原則者，see Emily M. Snoddon, *Clarifying Vagueness: Rethinking the Supreme Court's Vagueness Doctrine*, 86 U. CHI. L. REV. 2301 (2019).

⁶⁸ 將模糊無效原則與美國憲法中之禁止授權原則加以連結者，see Arjun Ogale, *Vagueness and Nondelegation*, 108 VA. L. REV. 783, 806 (2022).

⁶⁹ 類似主張，see Cristina D. Lockwood, *Defining Indefiniteness: Suggested Revisions to the Void for Vagueness Doctrine*, 8 CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J. 255, 317-27 (2010).

重心，都是本於裁量選擇的產物，但未必都該當歧視或恣意。真正值得吾人在乎的歧視或恣意，必然連結到個人之自由是否被侵害，而回歸自由保障。

理論上，立法者作為國民利益之代表，應該會制定出符合國民利益之法律，也就是清晰劃定範圍，避免過度處罰或處罰不足，這也是罪刑法定的精神所在⁷⁰。不過，現實上，立法權未必會鉅細靡遺地刻畫出犯罪行為之態樣，其中原因有二。首先，精準刻劃在成本上未必可行。罪刑之所以法定，乃在框定司法者之處罰範圍，所以立法越精準，司法者之裁量空間越小。不過，精準立法成本高昂，立法者不如司法者，無法事前預見個案的各種細微情形，因此只能委諸第一線審判者加以判斷⁷¹，此其一。其次，策略上，立法者為避免掛一漏萬，可能有意識地使用文義範圍較寬之詞語刻劃構成要件，避免規範漏洞與重複立法。

此二情形均意味著立法者在立法時，處罰範圍可能較預期者寬，而更加壓縮受規範者之行動自由。對此，制度面上有兩種配套機制，面對策略性避免處罰漏洞之情形，可以透過授權行政機關制定規則方式，因應社會現實加以具體化；而處理文字技術問題時，可以透過司法者之解釋加以精確化。不過，配套措施之存在，不代表立法權可以毫無顧忌地授權或者放棄使用精確的文字，立法者在授權上或者文字使用上，仍負有一定義務，否則即可能因違反授權明確性或刑罰明確性而遭宣告違憲。

⁷⁰ 當然，此處本文假設立法者係國民利益之代表，但這個假設在現實中可能受制於選舉制度或者立法者本身的背景，而有偏移。不過，對於法律之違憲審查，本身就是回應此等缺陷而存在，例如欠缺考慮部分族群之立法，可能有違平等原則，過度侵害自由之立法，可能有違比例原則。縱使結構性問題不存在，立法者作為民眾之代理人，仍然可能存在代理成本，單純立法怠惰便是一例。

⁷¹ 從立法精準成本與控制裁量權之成本間之權衡理解模糊無效原則者，see Gillian K. Hadfield, *Weighing the Value of Vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law*, 82 CAL. L. REV. 541, 551 (1994)。該文同時討論立法者何種情況下偏好制定出模糊的法律。

（三）立法與行政：授權明確性之要求

面對複雜專業或是高度變動之事項，立法者欲達成精準立法，其面臨極高之成本，此時制定空白構成要件，委由行政規則補充，遂成解決方案⁷²。雖然立法權得授權行政機關制定規定，但我國釋憲實務向來要求「授權明確性」，也就是立法者應明確表明授權目的、內容、範圍⁷³。這部分旨在提供行政機關制定命令時所依據，尚非不得理解。但是授權的界線何在，立法權應當在何種程度內授權，才不會被宣告違憲，仍值探討。

對此，本文傾向從利益權衡觀點進行思考。立法者之所以有授權予行政權制定細部規則之必要，目的可能在於透過行政機關之專業，降低其自行立法之成本，或者是司法審判實務認定事實之成本。此時關鍵在於資訊成本⁷⁴。蓋立法者既無法窮盡當下所有情況，亦無法參透未來可能變化，此時委由行政權本其專業能力制定規定，並且因時制宜，有助於達成立法者設定的目標。當然，授權予行政權，總非立法權自身之行使，而可能有所偏離或者逾越立法者最想處罰的範疇，進而產生代理成本⁷⁵，即如前所述，行政權未必如同立法權一般關注社會福祉，導致制定出（相較於立法者理想中）過寬、過窄、偏移之規則。立法權是否授權行政權制定規則，具體決定即繫諸於上開資訊成本與代理成本。

本文初步認為，在空白刑法之情境下，立法者必須框限出基本可罰的行為態樣。此等誠命即出於前述立法者作為國民利益代表，必須同意以多少自由之讓渡，換取安全之社會，同時出於成本效益考量，於前述精準立法之資訊成本與授權之代理成本之間取捨。具體言之，立法者此時面臨 3 種選擇：精準立法、模糊立法、放棄立法，各自有著不同社會成本與效益。精準立法

⁷² 相關討論，請參考陳俊偉（2021），〈初探經濟刑法中空白構成要件與行政從屬性之界線〉，吳俊毅、薛智仁（編），《經濟刑法的在地實踐》，頁59-96，新學林。該文富含空白構成要件之深刻討論。

⁷³ 司法院釋字第680號解釋參照。

⁷⁴ Peter H. Aranson, Ernest Gellhorn & Glen O. Robinson, *Theory of Legislative Delegation*, 68 CORNELL L. REV. 1, 18 (1982).

⁷⁵ *Id.* at 19-20.

產生高昂的立法成本，但是對於行動自由之限制較少；模糊立法可能提升行動自由受限之成本，包含規範未臻細緻導致平白所放棄之合法行為機會成本與因此確認法律之遵法成本，但是節省了立法成本。當然，立法者也可以乾脆放棄立法，容任具有社會損害性之行為不予處罰，放任該等行為產生之社會損害。簡言之，立法之底線在於不能害於國民利益。

準此，違憲審查之判斷基準在於：**立法權所框定之入罪條件，未經授權細緻化的情況下，仍至少必須利於（未立法前之）社會福祉。**在此基礎之上，立法者必須先確保所立出法律無損於社會福祉。此時，經過授權，規範更為細緻，可以確保行動自由限制之成本降低，同時不至於產生如同立法機關一樣高昂之資訊成本，進而使得授權有利。簡言之，立法者作為國民利益代表，其義務在於維持底線，確保行政機關所獲得之權力限縮於其利益範圍內。當然，行政機關偶有越權或逾越法定範圍之情事，然此等越權之代理成本，並非立法者立法時所能完全避免，毋寧是權力分立下如何確保行政權尊重立法權之制度設計問題。倘無上開越權情事，由於行政權係在文義範圍內，依照授權目的、內容、範圍進行細緻化，因此無論如何，不會改變擴增既有之入罪界線，而不致使得上開至少有利於社會之刑事立法，轉為不利。此時，授權目的、內容、範圍，旨在提供行政權指引，以及法院事後審查之可能性，屬於控制代理成本之條件。在代理成本獲得控制之情況下，不論行政權如何發揮，只要沒有越權，縱使其怠惰不制定，導致要件根本沒有被限縮，也不致比未立法還差。

簡言之，上開標準主要假設：行政權並無形式違法（違反授權）之情形下，本於其權限制定規則時，不論廣狹，立法者所框限出之處罰範圍，都要比沒有制定相關法律還要符合社會福祉，否則即應宣告違憲。此時法律失效，回歸沒有制定的情形，也才有利於社會福祉⁷⁶。不過，值得強調的是，此處

⁷⁶ 此處沒有處理的問題是，倘若模糊不清的立法，仍然有利於社會福祉，但立法者因怠惰而不願授權或者進一步立法，導致放棄合法行為之成本高於授權行政機關制定規則或者自行立法以精確化之成本時，違憲審查或許不排除選擇較為溫和之違憲宣告效果，以敦促立法者加以完善。

只處理「文義不明確」所導致之不效率情形，也就是受規範者解讀後，採取不同行為所生之成本。此等成本，可透過提升文義精確性，或者授權制定更細部的規則而排除；但不當然意味著排除此成本後，規範當然合憲。文義明確後，規範是否有效率，則屬於入罪化議題之範疇⁷⁷，在憲法上或可依據平等原則或者比例原則加以處理。兩者可能並存，也可能分立，應予分別討論⁷⁸。不過，概念上，其實萬變不離其宗：不允許不效率之立法存在。

（四）立法與司法：從寬解釋、精確化義務與違憲審查

至於立法權與司法權的界限，一個值得探討的問題是：司法權本得透過解釋方式將刑事立法精確化。甚至，英美法上亦有所謂「從寬原則」（rule of lenity），要求司法權於刑事立法存有疑義時，應從有利於被告之方向進行解釋⁷⁹。此時似可保障行動自由，為何仍須以違反刑罰明確性為由，宣告系爭規範違憲？對此問題，其實依然可以從自由保障的角度加以考量。司法權固然在個案中得以限縮解釋，然而基於其被動之性質，其終究只能針對承審之個案進行裁判⁸⁰。換言之，未出現於司法程序中之個案，自始無從被限縮解釋，而肯認行為之合法性。這點已如前文自由保障述及：當受規範者因為規範模糊不清而自主放棄行為避免後續法律風險時，機會成本已然產生，此等情形幾乎難以進入訴訟，司法權更無從透過解釋限縮此種情境。因此，

⁷⁷ 有關刑事立法之效率判斷，請參考黃種甲（2024），〈經濟分析作為刑事立法的檢驗方針〉，《月旦法學雜誌》，348期，頁39-55。

⁷⁸ 例如囤積哄抬物品罪中，「經行政院公告之生活必需用品」，對於受規範者而言，內容不清，容有疑義。此時刑罰明確性之審查，聚焦於受規範者因而放棄囤積其他物品（例如：手機）之（社會）利益，是否使得立法不效率。然而，立法者仍得明文例示相關物品，限縮合法行為被放棄之機會成本。但此時仍可能進一步審查：以刑法規範囤積（相關物品）之行為，是否有效率，而符合比例原則？

⁷⁹ 此原則背後之原因有二，一為合理警告，二為刑事立法之權限為國會所有。參考 LAFAVE & OHLIN, *supra* note 62, 113-14.

⁸⁰ 美國即有論者認為，此原則可用於創造過度限縮自由之緩衝空間，蓋此情況下法院因為程序問題或者法院權限而難以審查相關案件，*see* Anthony G. Amsterdam, Note, *The Void-For-Vagueness Doctrine in the Supreme Court*, 109 U. PA. L. REV. 67, 96-115 (1960).

本文並不認同法院負有精確化刑事立法之「協力義務」能解消憲法對於刑事立法之明確性誡命⁸¹。簡言之，法院不管如何解釋並使得構成要件精確化，都不能夠因而治癒原先本已模糊不明確而違憲之刑事立法。既然被動的司法權無法透過解釋而回復受規範者因為避免違法所放棄之行動自由，真正處理此等自主放棄行為之機會成本，或者主動釐清法律爭議之遵法成本，唯有違憲審查一途。

三、對兩則判決之評論

針對 112 年憲判字第 5 號判決內容，本文部分認同判決書之論理，惟結論上有所不同。簡言之，本文認為母法加子法之解釋，固然有歧異，尚無違反刑罰明確性之虞。具體言之，受規範者在看到「於 50 日內預定取得 20% 之股份」文字時，縱使預定取得有解釋之歧異，然而兩種詮釋的區別，無非在於交割時點⁸²。首先，此等差異相對於公開收購所要保護之利益（不論係個股價格穩定或者是經營權溢價共享），其額外之限制可能產生之機會成本，並不明顯。另外，此等文字亦已足以區分出合法的界線，亦即預訂取得股份期間超出 50 日，或者整體取得股份不足 20% 者。因此，亦不會產生出受規範者未遵守法律而可能防禦性地放棄行為所生之機會成本。

不過，單就母法而言，證券交易法第 43 條之 1 第 3 項，所謂「一定比例」或「一定條件」並不能夠說是明確之立法。判決所謂此等規定已足以使受規範者認識到「如不採公開收購，將有受罰可能」一事。固然，此等規定已經使得受規範者認識到受罰之可能，但行動自由保障之另一項功能，如前所述，亦是確保受規範者能夠認識到相對清楚之界線，避免放棄合法行為。就此而言，一定比例或一定條件，其實說了等於沒說。從受規範者而言，母法傳達出的訊息就是購買一定比例之股票，如無特定條件，需要公開收購。

⁸¹ 同樣立場的批評，請參考薛智仁（2015），〈刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定〉，《臺大法學論叢》，44卷2期，頁646-647。

⁸² 賴英照（2023），〈法律明確與法律解釋：評憲法法庭112年憲判字第5號判決〉，《台灣法律人》，28期，頁7-8。

接受到此訊息後，不確定比例或條件的情況下，為免受罰，可能積極從事公開收購（錯誤的遵法成本）或者消極地不從事股票交易。簡言之，此等不清楚界線所導致之放棄合法行為之機會成本，可能很高。

當然，這部分目前因為授權規範的補足而沒有被我們所觀察到，但不能反推此時母法已經符合刑罰明確性的基本要求。實際上，現階段投資人之所以沒有放棄股票交易，也只是行政權制定出相對合理的規範。倘若行政權依照授權，制定出 1%，甚至是 0.1% 的標準，其實並未違反授權，但卻使得此等規定成為不效率之刑事立法。因此，回歸本文主張之實質判準：**授權前**之刑事立法應當確保其處罰引導下之受規範者行為有效率。循此標準，所謂一定比例或一定條件，其實就是未設限，使得所有股票交易者都落入處罰對象，而須循公開收購方式為之，導致此等刑事立法很難被認為是一個有效率的立法。

其次，判決論理復強調系爭規範之受規範者，係可能從事公開收購之人，因此更具有資本市場之經驗，能夠認識並預見規範之內容。此等論述，似乎有商榷餘地。首先，必須先釐清者，乃是「受規範者」之預期為何重要？從前述行動自由保障觀點出發，傳統見解似乎因為著眼於「可否預見而避免誤觸法網」，而導出「可能受罰者」為受規範者。不過，如前所述，行動自由之確保，並不是只有誤觸法網的面向，還有過度遵法的情形需要注意。既然刑罰明確性兼顧避免誤觸法網與避免過度遵法的情形發生，受規範者自然不應侷限於可能被處罰者，也要包含要件上最終雖然不會被處罰，但是因為不明確而可能誤認自己受處罰導致放棄合法行為者。

承此邏輯比較適切的觀點是，區別明確性的審查標的，以及不具明確性疑慮之要件，僅在後者的情況下，劃定受規範者之前提。簡言之，倘若犯罪要件有 T1、T2、T3，而 T3 正是有違刑罰明確性疑慮之要件。此時，倘若遵照憲法法庭判決之論理，認為受規範者乃可能具備 T1、T2、T3 者，那麼就會變成具備此三者要件者，只要能認識 T3 之內涵，而能預見行為受罰，便符合刑罰明確性之要求⁸³。不過，具備 T1、T2 但不具備 T3 者，仍可能因為

⁸³ 如此見解或判斷標準，或許指出一個值得思考的問題：倘若受規範者都能預見，

T3 要件之模糊，而誤認自己可能該當 T3，進而放棄行為。此等情形，在釋憲實務之穩定見解中，並未被加以考慮。與此相對，不具備 T1 或 T2 之人，並無此等問題，因為此群體自始不會該當要件而受罰，自然也無須認識 T3 內涵，而受到其模糊性之影響。

根據上開論述，套用到公開收購的審查，由於有疑義者乃母法所謂的一定比例與一定條件，審查上應該刨除此一要件，以框限「受規範者」。如此一來，其實就會發現，有必要關注此一要件之受規範者，其實是什麼從事證券市場交易之人。準此，此一要件是否真的清楚，便有疑慮。究其實際，如果把有刑罰明確性疑義的要件納入以框限受規範者，便會形成一弔詭情境：受規範者本身的範圍將因要件的模糊而不確定，並可會因為具體的解釋或者行政規則補充而浮動。質言之，同樣「一定比例」的內涵，難道會因為行政命令將門檻設定為 90% 或者 5% 而變得更可／不可預見？

退步言之，縱使不採前文提出的論述模式，純粹就釋憲實務之穩定見解進行審查，也並非毫無疑問。首先，受規範者僅僅只是可能於 50 日內預定取得 20% 股份者，此一條件僅預示了受規範者之資力，但未必連結到其於資本市場操作之經驗。資力實難導出對於系爭規範目的之理解與內涵之認識⁸⁴。更何況，本罪之目的定位並非沒有爭議，究竟是確保價格穩定，或是控制權溢價之分享，各有主張⁸⁵。而從此等目的出發，所謂一定比例也莫衷一是。具體而言，從前者確保價格穩定出發，所謂一定比例，即應掛勾於日成交量，而非已發行股份總額；從控制權溢價之分享出發，除比較法上之差異足徵比例內容之浮動外，其實很難說明：為什麼會計的收益認列方式不同（權益法或成本法）的門檻在此具有重要性？更為合理的面向，似乎是從收購股

還有不法意識存在的餘地嗎？不過，如果採取本文論述立場，將相關疑慮之要件移除受規範者劃定範圍，那麼就可能存在受規範者未必認識特定要件之內涵，但因該立法仍增進社會福祉而合憲，違反時有主張不知法律之空間。

⁸⁴ 類似見解，請參考戴銘昇（2023），〈強制公開收購之構成要件與法律責任：憲法法庭 112 年憲判字第 5 號判決〉，《月旦法學雜誌》，342 期，頁 107。

⁸⁵ 實定法中，強制公開收購之立法理由為「為避免大量收購有價證券至影響個股市場價格」，子法收購辦法第 11 條第 1 項之說明則指出「基於股東平等之精神，並使被收購公司全體股東有參與應賣之機會」，即有分歧。

份的對象（具有控制權／不具控制權）出發，而非比例。因此，從穩定見解出發，也很難說系爭規範通過刑罰明確性審查之結論，堅不可摧。

至於妨害投票結果正確罪，本文則採取與憲法法庭判決相同之結論，即認無違刑罰明確性。原因在於，立法者使用文字時，本得使用司法權解釋「過往要件」時，業經充實內涵之文字。是以，詐術一詞，已然具有其意義，而大幅降低其模糊性。此與前述司法權透過解釋加以精確化者不同。前文所否認者，乃是立法後司法權透過個案進行解釋以精確化，此時有可能因為司法權之被動性質，導致因要件內涵模糊而放棄合法行為者，無從進入法院而透過解釋加以出罪。然與此不同者乃立法者直接利用業經司法權解釋並精確化之文字作為犯罪要件者，則因此等文字內涵已告確定，使得放棄合法行為之可能性大為降低。

除此之外，妨害投票結果正確罪中之「虛偽遷徙戶籍」而取得投票權，內涵上雖然寬廣，但不代表模糊。如前所述，真正有違憲疑慮者，乃模糊，而非寬廣。要件雖然寬廣，但只要是立法者所欲處罰之對象，並無違反明確性之疑慮，而是應當審查有無違反比例原則或其他憲法原則。實際上，立法者如欲框定未有居住事實而欠缺在地連結者獲得投票權者，大概很難找到比「虛偽遷徙戶籍」更為精確的文字。當然，本罪因為未遂犯之處罰，導致未有居住事實而純粹遷徙戶籍直至選舉人名冊確定時受罰，然而這可能更是解釋的問題——投票行為之著手不必然要設定在名冊確定前未遷出，也可以設定在「領票」或者前端之「排隊」⁸⁶。就算採取更為前置的觀點，立法者也

⁸⁶ 判決26頁中，援引判決書之實證研究資料，認為虛遷戶籍後有高度比例完成後續投票行為，進而認為有法益侵害之高度蓋然性，似乎使人認為虛遷戶籍即已著手。本文必須提出2點回應：首先，從「判決」中回推虛遷戶籍後有近9成完成投票，忽略了最高法院先前並未有穩定見解，導致未投票者未必會被起訴甚至判決有罪，導致未被實證資料中捕捉。由此推斷虛遷戶籍者之後續行為，進而建立危險性，稍嫌速斷。其次，縱使認為虛遷戶籍必然投票，也不一定要將著手時點設定在虛遷戶籍，否則不啻使得本罪成為2年一次擔保戶籍正確之犯罪。學說認為行為人領票圈選至投入票匭之時間方屬著手者，請參考薛智仁（2013），〈虛遷戶籍投票罪之既未遂：評最高法院一〇一年度台上字第四〇四一號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，20期，頁76。

已經設定了意圖要件⁸⁷。不過無論如何，以刑罰處罰虛遷戶籍投票行為是否恰當，與本罪是否因文字不明確，分屬不同層次之問題。縱然兩者可能都涉及處罰過廣的情形，然後者（即刑罰明確性）其實是文字不夠精確，導致處罰過廣，可以透過選用其他文字或增加要件加以處理；後者則涉及系爭規範目的是否適用刑罰手段加以達成之比例原則問題。

本罪處罰之行為是否過廣，和本罪文字是否模糊，實屬二事，後者可能導致前者，但前者不必然與後者有關。相關要件的檢討，更多應著眼於比例原則與平等權之審查。

肆、結 論

本文回顧 2023 年刑事實體法之發展，並擇要評析性影像與深度偽造技術入法之保護法益與解釋疑義，同時針對憲法法庭 2 則有關刑罰明確性之判決進行評析。

本文認為，未經同意攝錄或散布性影像，其侵害之利益乃是被害人因此遭遇後續被攻擊、威脅、跟騷，以及人際互動上之不利對待，以及事前為此負面事態之情緒不安。由此保護法益出發，相關犯罪之同意，應限於被害人可預期之散布對象並因而自願承擔後續風險。除此之外，雖未明文規定，然人格識別性應屬本罪之不成文構成要件，判斷上應當結合影像內、附隨於影像之資訊以及公開資訊，加以綜合判斷。

本次立法中出現之「以電腦合成或其他科技方法」製作他人不實之性影像，解釋上應當限於，至少具備類似於深度偽造技術，而能於短時間之內，不論製作者自身能力，客製化大規模地製作他人影像之方法。以此方法製作之性影像，因為擬真而使人容易誤信露臉者從事性影像之活動，進而導致前開風險之升高；然影像內容過於誇張或者不至於引起後續騷擾、攻擊者，則

⁸⁷ 有關意圖要件如何使得系爭規範避免模糊無效之違憲疑慮，see Michael J. Zydney Mannheim, *Vagueness as Impossibility*, 98 TEX. L. REV. 1049, 1102 (2020). 美國實務如何運用意圖要件治癒模糊無效，see Goldsmith, *supra* note 65, at 301-03.

認「不足以生損害於他人」，而排除之。至於此等製造之影像作為詐欺犯罪之工具，其加重之理由不在於容易使人陷於錯誤，而在於詐欺成本之大幅降低，因此需要加重刑罰以嚇阻。最後，此等電腦合成或其他科技方法，屬於中性技術，不宜以另行課以刑事責任加以規制，以免影響技術發展。

最後，本文評析本年度憲法法庭針對公開收購空白刑法與妨害投票結果正確罪有關刑罰明確性之審查。本文認為過往釋憲實務過度偏重避免誤觸法網，而忽略了受規範者因文義不清為免觸法而產生之遵法成本與機會成本。由此出發，本文認為作為審查標準之受規範者能否預見，應創除具有刑罰明確性疑義之要件，而由其他要件框限。立法者授權前必須確保受規範者之行動自由保障，方能確保授權有利社會福祉。司法者雖然事實上發揮解釋並精確化構成要件之功能，然其事後、被動性質仍無法解消不明確的刑事立法所帶來之遵法與機會成本，因此，刑罰明確性之違憲審查，仍有必要。

Annual Review of Substantive Criminal Law: Developments in 2023

*Patrick Chung-Chia Huang**

Abstract

This article analyzes significant legislative amendments and judicial decisions that impacted substantive criminal law in 2023, focusing on key developments. As anticipated, the year's criminal law reforms addressed contemporary societal challenges, including the non-consensual creation and distribution of sexual images and the emergence of deepfake technology. In response, new criminal prohibitions against the production and dissemination of such images were enacted, and penalties for the fraudulent use of deepfakes were increased.

This article contends that criminalizing offenses related to sexual images is essential to protecting the privacy associated with sexual activities. Such images can expose victims to increased risks of harm, including physical attacks and severe emotional distress caused by unwanted public association with sexual conduct. Furthermore, while deepfakes can be used to perpetrate fraud, their inclusion as an aggravating factor for sentencing should primarily be justified by the potential to reduce costs rather than by perceived increases in the risk of victimization.

Turning to judicial developments, the Constitutional Court adjudicated on the constitutionality of offenses related to mandatory tender offers and electoral fraud. Although the Court has established a consistent framework for evaluating vagueness challenges, the precise contours and application of this doctrine require further examination. Accordingly, this article re-examines the void-for-vagueness doctrine through two illustrative cases, aiming to clarify the minimum

* Assistant Professor, College of Law, National Taiwan University..
E-mail: pcchuang@ntu.edu.tw

requirements for criminal legislation in instances of legislative delegation to the executive (mandatory tender offers) and judicial interpretation (fictitious residency for electoral purposes).

In essence, this article emphasizes the potential opportunity costs arising from the unintended deterrence of lawful activities. Consequently, the standard of knowability should consider not only those subject to criminal liability but also those whose behavior may be affected and thus (mistakenly) deterred. By adopting an efficiency-based approach to vagueness, unconstitutional statutes should be identified as those incurring higher opportunity costs from deterring lawful conduct than the benefits of preventing unlawful behavior. Criminal legislation should be constitutionally sound prior to delegation when it properly demarcates the scope of targeted behavior and should not be rectified through post-legislative judicial interpretation.

Keywords: sexual image, revenge porn, deepfake, aggravated fraud, void for vagueness, mandatory tender offer, electoral fraud

