

攝錄、散布性影像行為之刑法規制*

林琬珊**

<摘要>

本文旨在檢討新修刑法第 319 條之 1 至第 319 條之 3 對於性影像之刑法保護。作為與刑法新修攝錄、散布性影像處罰規定之比較素材，本文介紹日本復仇式色情防止法之規定，藉由立法目的、保護法益、行為客體與行為態樣之探討，來輔助新法之檢討。

本文提出 3 個問題意識：（1）新法第 319 條之 1 以下所謂的「性影像」保護之刑法規制，是否只要客體符合第 10 條第 8 項性影像之定義，即應予以保護？是否所有的性影像都是值得刑法加以保護的對象？（2）攝錄、散布 2 種行為態樣對於性隱私侵害此一法益而言，其各自的意義及關係為何？（3）二次散布行為是否應予處罰？本文嘗試藉由隱私此一保護法益之探討，釐清具有刑法保護必要性之行為客體「性影像」之性質，並聚焦於攝錄、散布 2 種行為態樣於隱私保護上的意義，來回答上述問題。

* 筆者感謝兩位匿名審查人提出寶貴的問題與修正意見，促使筆者針對問題進一步思考，並提高本文的完整性與可讀性。惟文責仍由筆者自負，乃屬當然。

此外，筆者另為文從具體個案出發，檢視在現行法的文義之下，有哪些具體案例可能不當地受到處罰，並基於本文所持之見解，嘗試將本文見解運用在具體個案上，藉以檢視本文見解運用在具體個案時的妥適性，請參照：林琬珊（2023），〈刑法規制數位／網路性別暴力之若干問題及其解釋策略〉，《法官協會雜誌》，25卷，頁47-68。

** 國立中正大學法律學系副教授，日本京都大學法學博士。

E-mail: wanshan@ccu.edu.tw

• 投稿日：08/14/2023；接受刊登日：12/27/2023。

• 責任校對：羅元廷、張馨麟、江昱麟。

• DOI:10.6199/NTULJ.202503_54(1).0004

關鍵詞：隱私、秘密、非公開、私密性、攝錄、散布、洩漏、性影像、復仇式色情

•目次•

壹、序論：問題意識之提出

貳、議論素材：日本法作為參考

一、日本「復仇式色情防止法」之概觀

二、小結

參、攝錄、散布性影像行為之刑法規制——以刑法保護隱私之界限

一、從隱私之屬性的釐清來談保護法益

二、行為態樣

肆、結語

壹、序論：問題意識之提出

近年來，附有攝影功能之智慧型手機急速普及，不僅易於取得影像，透過網際網路，個人所拍攝的照片、影音變得易於公開、廣泛傳播。在這樣的社會發展背景之下，竊錄、未得同意或以強暴、脅迫攝錄性影像、未得同意散布性影像等行為，已不少見。以騷擾（前）伴侶或（前）配偶、謀求復合或報復等目的，威脅或逕將其合意拍攝之性影像散布於網路上，此種所謂「復仇式色情」導致被害人不欲為人知的影像外洩，亦有行為人藉由持有性影像來威脅被害人，進而有後續恐嚇、勒索、性侵等行為。

隨著科技發展，資訊雖得以輕易地大量複製、快速傳播，但亦難以自網路空間中完全移除，使得此種行為往往危及或破壞被害人親密關係、人際關係、平穩生活，更甚者，被害人產生心理創傷、自殺的情況，亦時有所聞。因而，考慮到行為所生的危害嚴重性，國際間已有將之視為犯罪的立法動向，

成為受到高度關注的性別暴力新興犯罪¹。此外，利用電腦合成或其他如深度偽造技術等科技方法製作不實性影像，造成他人隱私與名譽受損，亦引起社會高度關注。

在此種狀況之下，刑法處罰是否能充分涵蓋這些行為，當然會受到檢視。然而，原有的規定如刑法第 315 條之 1 僅處理到非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位之竊視、竊聽與竊錄，第 315 條之 2 僅處理到第 315 條之 1 第 2 款竊錄內容之製造、散布、播送或販賣，因而產生了 2 個問題。第一，從文義上來看，強暴、脅迫等違反意願的攝錄本身，似乎並不在第 315 條之 1 的規制範圍內²。第二，合意拍攝的非公開影像或性影像本身，由於被害者同意，因而得阻卻攝錄行為之違法性。但在雙方關係發生變化時，未得同意或違反意願的散布合意攝錄之非公開影像，特別該影像是性影像時，此種行為之處罰在過去法無明文，且就此是否亦應加以處罰，亦產生爭論³。

¹ 張凱強（2016），〈論復仇式色情這當代厭女文化下的網路獵巫行動〉，《婦研縱橫》，105期，頁17-18；陳莉蕓（2016），〈性剝削、娼妓制度與復仇式色情：Janine Benedet教授與婦援會交流紀實〉，《婦研縱橫》，105期，頁87；蕭郁漣（2017），〈日本情色報復受害防制法之評析〉，《科技法律透析》，29卷2期，頁21。亦有研究指出復仇式色情並非新現象，早在1980年代即已存在，請參照：渡辺真由子（2015），《リベンジポルノ：性を拡散せれる若者たち》，頁5，弘文堂。嘗試理解年輕世代何以會拍攝性影像，探討何以復仇式色情會擴散的問題，請參照：渡辺真由子，頁25以下。

針對竊錄等此種違法取得或拍攝性影像之行為，於現行法上，散布等後行為皆有獨立成立犯罪之可能性，就此可參照：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245。

² 新法制定施行前之實務見解，如臺灣高等法院109年度上易字第1732號刑事判決即謂「刑法第315條之1第2款所謂『竊錄』者，乃指無正當理由而使用現代科技器具，而將他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位，『暗中』加以錄製而言，如係公然為之，即不構成竊錄，苟以強暴、脅迫方式，強行或使人拍攝其非公開活動、言論、談話或身體隱私部位，則屬刑法第304條強制罪涵攝之範疇，尤非本條款所列之妨害秘密行為。」

惟學說上有認為第315條之1處罰範圍涵蓋強暴脅迫等違反意願之攝錄，請參照：許澤天（2023），《刑法分則（下）：人格與公共法益篇》，5版，頁312，新學林。

³ 過去學說上就散布「合意」性影像行為處罰之議論，可參照：許恒達，前揭註1，頁237-245；法思齊（2017），〈敢分手就毀了你：復仇式色情與刑法〉，《月旦

由於類此事件的頻發因而引發 2023 年 1 月的修法，於刑法增設第 28 章之 1「妨害性隱私及不實性影像罪」。其中，第 319 條之 4 有關製作或散布他人不實性影像罪因為法益內涵有別於本章其他犯罪，有必要另外獨立檢討，因此，本文僅以該罪章新增訂之未得同意或強暴脅迫攝錄性影像罪、散布性影像罪為研究對象。

於新修刑法第 28 章之 1 裡，第 319 條之 1 至第 319 條之 3 分別規定有關攝錄性影像、散布性影像行為之處罰。雖然上述二問題確實可以透過新法處理，從條文上來看，新法對於性影像也給予十分豐厚的保護。不過，細究條文的內容，則似有涵蓋過廣而值得加以檢討之處。

從體系、法益觀點來檢視新法及其與原有規範之間的關係，則會萌生以下 3 個問題意識。第一是有關行為客體與保護法益的問題，亦即，新法第 319 條之 1 以下所謂的「性影像」保護之刑法規制，是否只要客體符合第 10 條第 8 項之要件，即應予以保護？依刑法第 10 條第 8 項「性影像」之立法解釋，大致可以歸納性影像的內容須為性交或性相關行為（以下簡稱「性活動」）、性器等身體隱私部位。雖然性活動或展示性器等身體隱私部位通常多以非公開之方式為之，但也有可能公開為之，如成人影片的拍攝現場、路邊上演的活春宮、廟會脫衣舞或遛鳥俠公然裸露等。就非公開的情況，由於第 315 條之 1 之客體係「非公開活動……或身體隱私部位」，因而於竊錄非公開性活動、性器等身體隱私部位時，會構成第 315 條之 1 竊錄罪。反之，公開的性活動、公然裸露性器等身體隱私部位時，則因客體不該當第 315 條之 1，因而無法成立該罪，但如未得同意或以強暴脅迫等方式攝錄，是否會該當第 319 條之 1、第 319 條之 2，即有疑問。從條文文義並未限定於非公

法學教室》，180期，頁52-58；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；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〉，327期，《月旦法學雜誌》，頁159-162。之所以過去的議論集中在「合意」性影像散布行為之檢討，主要是因為在當時立法狀況之下，可能會被認為是漏洞的情況主要是發生在「合意」性影像之散布。

開，與第 315 條之 1 的體系解釋來看，可能會得到肯定的結論。但本文認為，這樣的結論有進一步確認的必要。

簡言之，新法第 319 條之 1 以下所謂的「性影像」是否只要客體符合第 10 條第 8 項之要件，加上各條之侵害行為態樣，即應予以保護？抑或解釋上亦應如同第 315 條之 1，在各條限縮解釋保護客體須具有類似於「非公開」之性質？或者應該認為，既然立法者在第 10 條第 8 項或第 319 條之 1 以下的規定皆未限定「性影像」亦須「非公開」，則不應加上此一限制？此一問題的實益在於，公開的性活動或性器等身體隱私部位的竊錄，並不會構成第 315 條之 1 第 2 款，連帶地就此一影片的散布亦不會該當第 315 條之 2 第 3 項，而若第 319 條之 1 以下的未經同意或強制攝錄、散布行為，對於客體並不要求「非公開」，則個案中的客體只要是性影像，即不區分攝錄時是否公開，一律受保護，會導致第 319 條之 1 以下與第 315 條之 1 以下的保護客體範圍產生不一致的現象。當然我們可以評價新法第 319 條之 1 以下規定更完善而廣泛的保護了所有性影像，但公開的性活動、公然裸露性器等身體隱私部位足以表彰出隱私嗎？進一步須探問的是，是否所有的性影像都是值得刑法加以保護的隱私？受到侵害時，是否皆有以刑法加以保護之必要性與正當性？

第二是行為態樣的問題。就性影像之保護，新法如同第 315 條之 1、第 315 條之 2 的規範模式，同樣處罰攝錄、散布 2 種行為態樣。然而，這 2 種行為態樣對於性隱私法益保護而言，其各自的意義及關係為何，則有待釐清。申言之，如攝錄性影像本身即侵害隱私，則進而將所攝錄之性影像加以散布的行為，是否同樣侵害了被害人的隱私法益？如同樣是侵害被害人的隱私法益，則 2 罪關係為何？或者就散布行為，是否有其他侵害產生？攝錄與散布兩行為之法定刑往往是後者較高，應該如何解釋法定刑之差距，亦成為問題。

第三是與散布有關的問題。性影像上傳於網際網路後，與第一次上傳者無關之第三人下載之後，另外上傳於別的網路平台或提供予他人時，本文稱之為「二次散布」行為。就二次散布者所為的轉傳、再提供等散布行為，是否應加以處罰？是否會產生處罰上的困難？亦有探討之必要。

自 19 世紀末期以來，隱私作為一種新興法益，隱私權的意義、規範上保障之內涵及保障方式至今持續在發展之中⁴。其中，值得注意的是，隱私權作為「不受干擾之權利」，在社會中進行私領域之保障，在規範上難以避免會在個人與他人的自由權利之間發生衝突。從而，如何在立法與司法實務上適切地保護隱私，又不至於過度壓抑他人之權利，即屬規範上不得不思考的問題。因此，在議論上即須考量刑法上的諸多原則、過度廣泛處罰之禁止，以及是否有其他替代手段的問題⁵。綜上所述，本文旨在檢討 2023 年增訂刑法第 319 條之 1 至第 319 條之 3 規定，並嘗試提出解釋策略。

近年來，日本新設了「私密性影像記錄提供之被害防止法」（「私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律」（平成 26 年 11 月 27 日法律第 126 号））之立法，俗稱「復仇式色情防止法」、「復仇式色情規制法」（以下簡稱「日本法」或「復仇式色情防止法」），亦係針對類似犯罪態樣所進行的立法。新訂刑法第 319 條之 3 立法理由二提及本次修法參考了日本復仇式色情防止法，且其立法過程之議論、最終的立法規定亦具有參考價值，因而，為了回應上述問題意識，本文選擇以日本法作為議論素材，透過對於隱私權的探討，重新確認攝錄與散布性影像所侵害的利益為何，探討這樣的利益是否值得刑法加以保護，法規範應如何建構此種利益的保護體制，以充實新法條文所應具備之法益侵害性⁶。基此，本文核心的問題意

⁴ 可參見：劉靜怡（2006），〈隱私權：第一講隱私權的哲學基礎、憲法保障及其相關辯論——過去、現在與未來〉，《月旦法學教室》，46期，頁40-46。

⁵ 松井茂記（2020），《表現の自由に守る価値はあるか？》，頁195，有斐閣。本書詳細介紹此一議題於美國法的發展，可參照：頁174-210。

⁶ 惟應留意者，除了復仇式色情防止法之外，2023年（令和5年）6月16日日本國會完成了「性的姿態攝影行為之處罰與扣押沒收物記載之性姿態影像電磁紀錄刪除等之法律」的立法（下稱「性的姿態攝影等處罰法」）。「性的姿態攝影等處罰法」之新設，係為了因應性的部位、內衣褲之偷拍行為及拍攝檔案之提供與保管之處罰所制定之法律。除部分規定外，於2023年7月13日開始施行。

於「性的姿態攝影等處罰法」制定之前，日本向來針對偷拍行為，主要運用的規範是各地方議會所制定的迷惑防止條例。迷惑防止條例主要係針對特定對於公眾造成困擾之行為加以取締，藉以維護居民之平穩生活。由於日本地方自治體有制定刑罰法規之權，因而於迷惑防止條例中，亦有刑事罰則。偷拍行為雖然在各地方之

識即在重新確認刑法對於隱私權的保護界限何在，探討性影像作為隱私保護的客體究應如何規範，並檢討散布性影像的行為是否、應如何透過刑法加以規制。

以下，先介紹日本法之規定（下文「貳」），其次，探討隱私權之意義與性影像之性質，再進一步討論刑法對於隱私之保護方式，並檢討攝錄與散布等行為態樣（下文「參」），最後簡單梳理本文論點作為結論（下文「肆」）。

貳、議論素材：日本法作為參考

一、日本「復仇式色情防止法」之概觀

為了因應復仇式色情，同時亦是因為 2013 年發生的三鷹跟蹤殺人事件，日本於 2014 年 11 月完成「復仇式色情防止法」之立法⁷。就與問題意識相

迷惑防止條例中皆有規定，但由於發生在飛機機艙內之行為到底是在何處所為，在證明上極為困難，且各地方條例之刑度亦有輕重差異，因而迭有認為應由中央統一規範之主張，進一步促成本次修法。

「性的姿態攝影等處罰法」共有 45 條，並分為 4 章，第一章為總則性規定，第二章為攝影等行為之處罰規定，第三章為沒收規定，第四章為電磁紀錄之刪除等規定。依據「性的姿態攝影等處罰法」，做為性的姿態等攝影罪，處罰對象為（1）在車站或市街中，以手機或相機偷拍他人內衣等行為、（2）偷拍他人之性的行為、（3）於遂行不同意猥褻或不同意性交時之攝影行為。

雖然「性的姿態攝影等處罰法」有介紹、比較的價值與重要性，與臺灣新法亦有一定程度的關聯性，但本文考量到日本「性的姿態攝影等處罰法」新法甫成立，尚未有充分的法案說明與學術文獻，同時亦為避免本文篇幅過大，因而考慮日後另為文介紹。

⁷ 有關立法背景與立法歷程，請參照：皆川治之（2015），〈法令解説：リベンジポルノ対策〉，《時の法令》，1974 号，頁 17；水越壯夫（2015），〈私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律の概要〉，《法律のひろば》，68 卷 3 号，頁 21（此篇法律概要之內容，亦可參照：水越壯夫（2015），〈私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律について〉，《警察学論集》，68 卷 3 号，頁 83 以下）；岡田好史（2020），〈リベンジポルノをめぐる新たな問題〉，《専修法学論集》，138 号，頁 31-37。三鷹跟蹤殺人事件之中文介紹，請參照：蕭郁滄，前揭註 1，頁 22-23；法思齊（2021），〈論以刑事法規範復仇式色情（Revenge

關之部分，本文以下簡要說明立法目的、保護法益、行為客體、行為態樣之規定，以利就前述問題意識進行檢討⁸。

（一）立法目的

復仇式色情防止法第 1 條規定了立法目的，本法係為了防止對於個人名譽及私生活平穩之侵害而來的被害之發生、擴大而制定。所謂名譽，係指社會對於特定人所給予之評價。所謂私生活平穩，係指隱私，特別是性的隱私，一般認為是有關於性的私生活上的事情不被擅自公開的權利⁹。

（二）保護法益

復仇式色情防止法第 3 條為私密性影像記錄提供等行為之處罰規範。一般認為，本條所規定之犯罪，保護法益為性的隱私¹⁰。復仇式色情防止法就其整體，雖係以個人名譽、私生活之平穩（隱私）之保護為目的¹¹，但就其罰則而言，則因為已存在以名譽為保護法益之刑法名譽毀損罪，因此，復仇式色情防止法之刑事處罰規定僅以性的隱私作為保護法益¹²。從構成要件來看，論者亦認為，名譽毀損罪之成立，以遂行足以妨害社會名譽之行為為

Porn）之可能：以日本情色保護受害防治法為中心》，《月旦法學雜誌》，314期，頁212。

⁸ 本文就日本法部分，係為了回答前述問題意識，僅就相關聯部分予以介紹，並不以日本法的全盤介紹為目的。就此之相關中文文獻，請參照：蕭郁漣，前揭註1，頁23-26；法思齊，前揭註7，頁211-222；張凱強（2017），《散布性私密影像行為之研究》，頁98-109，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，日本法條文全文及中譯，可參照：頁99-103。另須特別提及者，復仇式色情防止法第4條至第6條有網路提供者相關規定，另就被害者支援體制之整備、防止被害發生之教育與啟發活動，亦設置重要規定。

⁹ 皆川治之，前揭註7，頁18；水越壯夫，前揭註7，頁23。

¹⁰ 水越壯夫，前揭註7，頁30。

¹¹ 請參照復仇式色情防止法第1條。

¹² 水越壯夫，前揭註7，頁25。就此，可以從復仇式色情規制法第1條規定中發現，於提及行為之處罰時，並無侵害「名譽」之文字，即是考量此一旨趣所為之規範，請參照：水越壯夫，前揭註7，頁25。

必要，但後述之公開罪則係如有公開私密性影像記錄等，即可成立本罪，不問是否足以妨害攝影對象之社會評價，因而與名譽毀損罪有所不同¹³。

（三）行為客體

就復仇式色情防止法之行為客體，係規定於該法第2條¹⁴。本條規定區分「私密性影像記錄」（「私事性的画像記錄」，第2條第1項）與「私密性影像記錄物」（「私事性的画像記錄物」，第2條第2項）加以規定。於第3條的處罰規定中，針對私密性影像記錄，處罰對於不特定人或多數人之提供行為、公開目的之提供行為（第3條第1項、第3條第3項前段），針對私密性影像記錄物，處罰對於不特定人或多數人之提供行為、公開目的之提供行為（第3條第2項、第3條第3項後段）。

第2條之規定如下。

「本法所稱『性私密影像記錄』，係指以下各款所示之人的姿態之攝影影像（就攝影之對象（以下稱「攝影對象」）。），對於攝影者、攝影對象及接受攝影對象提供者以外之人（次條第1項稱「第三人」。）會閱覽一事已有認識，而任意地承諾攝影或為攝影的情況，排除之。次項亦同。）相關之電磁記錄（係指以電子方式、磁氣方式或其他由他人知覺無法認識之方式所做成之記錄，供電子計算機資訊處理之用者。本項亦同。）或其他記錄。

- 一 有關性交或性交類似行為之人的姿態
- 二 有關他人觸碰人（筆者按：攝影對象）的性器等部位（性器、肛門或乳頭。以下就本款、次款亦同。）之行為或人（筆者按：攝影對象）觸碰他人性器等部位之行為的人的姿態，且激發或刺激性欲者
- 三 全部或一部未著衣物之人的姿態，特別露出或強調人之性的部位（性器等或其周邊部位、臀部或胸部。），且激發或刺激性欲者（第1項）

¹³ 皆川治之，前揭註7，頁22-23。

¹⁴ 就日本復仇式色情防止法之行為客體較為詳盡的介紹，可參見：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43-50。

本法所稱『私密性影像記錄物』，係指照片、電磁記錄相關之記錄媒體或其他之物，記錄前項各款所示人的姿態之攝影影像記錄。(第 2 項)。」

「私密性影像記錄」之規定，係從保護名譽及私生活平穩之觀點來看，自性影像裡抽出應保護之對象，加以定義。如約定不使第三人見聞而同意拍攝的性影像、以只給交往對象閱覽之意圖而自己拍攝的性影像、背著交往對象所拍攝的性影像、第三人所竊錄的性影像等該當之¹⁵。「私密性影像記錄物」係指照片、電磁記錄之記錄媒體，如 USB 隨身碟等記錄私密性影像記錄之有體物，較無疑義。以下就「私密性影像記錄」簡略說明。

就「私密性影像記錄」，內容主要涉及性相關之人的姿態。所謂「性相關」係指要有性的關聯，如性的行為、性器等部位之觸碰行為、性的部位之呈現，如非性交或性交類似行為，條文亦要求須具備「激發或刺激性慾」之要件。

相應於我國刑法第 10 條第 8 項之規定，復仇式色情防止法就「私密性影像記錄」之規定，特別值得注意的是「私密性」要件(日文為「私事性」)。「私密性」要件規定於第 2 條第 1 項本文中，針對該當於該項三款之性影像記錄，「私密性」要件具有反面排除的作用，如攝影對象於攝影時，對於第三人會閱覽該性影像記錄有所認識，自願性地承諾攝影或自行攝影者，該性影像記錄即不屬於復仇式色情防止法之行為客體。「私密性」要件的規範意義，主要係參照復仇式色情防止法係以個人隱私、名譽作為保護目的，因而限定在會產生隱私或名譽侵害之客體，始予以保護。基此，如成人影片(adult video)、寫真集即難以認為具備「私密性」，因而不該當「私密性影像記錄」¹⁶。

文獻上針對「私密性」認定之說明，係以攝影對象之認識、承諾與否為內容來判斷，但不僅只是攝影對象之主觀供述，從影像本身、攝影經過、包

¹⁵ 皆川治之，前揭註7，頁18。

¹⁶ 平沢勝栄・三原じゅん子・山下貴司編著(2016)，《よくわかるリベンジポルノ防止法》，頁58-59，立花書店；水越壯夫，前揭註7，頁24；皆川治之，前揭註7，頁18-19。

含攝影時空等攝影現場之狀況等客觀情事來加以立證，亦有可能。是否有承諾書、包含於動畫的音檔資訊亦為判斷上的有利線索¹⁷。整體而言，就此一認定應可認為係採取主客觀綜合判斷。從而，得以肯認「私密性」者，如約定不給他人閱覽，而允許情侶拍攝的影像、只為了給情侶看而自拍的影像、第三人所竊錄的影像等¹⁸。如成人影片或寫真集，以廣泛公開為前提所拍攝的影像，或攝影對象對於攝影者會將影像給其友人等第三人觀看，仍自願性同意攝影的情況，皆不符合私密性要件。惟如就攝影對象是否自願性拍攝產生疑義，亦即，如個案中攝影對象有受脅迫而不得不承諾拍攝的情況，則無法認為是自願性拍攝，即不否定私密性要件¹⁹。

同時，「私密性」的判斷，是以攝影時點為基準。攝影對象於攝影時點如就公開加以承諾，即會否定該影像之私密性，排除於復仇式色情防止法的保護範圍之外，不會成立第3條各罪。即使事後撤回該承諾，該等影像亦不會因此回復具備「私密性」，因而仍應加以否定²⁰。再者，於攝影時點並未承諾公開，但其後於公開的時點，對於公開表示承諾時，由於性影像本身於攝影時點仍具備私密性，因而就無法否定客體之私密性要件。但由於本罪是為了保護個人之性的隱私的犯罪，從而，文獻上認為第3條相關犯罪係以無被害者承諾為要件，因此，如於公開時點，被害者有承諾的情況，該行為即非侵害攝影對象隱私之行為，依不同之主張者，有認為阻卻構成要件該當性，亦有認為阻卻違法性，結論皆認為應解釋為不成立犯罪²¹。

另外，在第3條第1項行為態樣之規範上，係規定「以第三人得特定攝影對象之方法，藉由電氣通信線路向不特定人或多數人提供私密性影像記錄者，處3年以下懲役或50萬日圓以下罰金。」其中，所謂「以第三人得特

¹⁷ 皆川治之，前揭註7，頁21；水越壯夫，前揭註7，頁24。

¹⁸ 水越壯夫，前揭註7，頁24。

¹⁹ 水越壯夫，前揭註7，頁24。

²⁰ 水越壯夫，前揭註7，頁26；平沢勝栄・三原じゅん子・山下貴司編著，前揭註16，頁82；園田寿（2015），〈刑事立法の動き：リベンジポルノ防止法〉，《刑事法ジャーナル》，44号，頁50。

²¹ 水越壯夫，前揭註7，頁26；平沢勝栄・三原じゅん子・山下貴司編著，前揭註16，頁82；園田寿，前揭註20，頁52。

定攝影對象之方法」，旨在表明攝影對象即被害人應可得特定，不僅是透過畫面本身可能特定出攝影對象的情況，如拍攝其臉部、背景的方式，此外，如從所附加的文言或揭載地點等畫面以外的部分，有特定攝影對象之可能者，亦屬之。所謂第三人亦非廣泛要求一般人得以特定，而是如攝影對象之配偶、友人等一定範圍之人，看到畫面而得特定的情況，固然屬之，原本不知道攝影對象之面容者，但偶然得知而得特定之情況，亦包含之²²。之所以僅以攝影對象係特定可能的情况為處罰對象，係考量到如果從私生活平穩侵害之有無、程度此一側面來看，雖然於不可能特定攝影對象的情況，透過私密性影像記錄之公開，仍有可能產生私生活平穩侵害，但此種情況之侵害程度與特定可能的情况相比，損害較小，因而將之排除於處罰範圍²³。雖然「以第三人得特定攝影對象之方法」亦可定性為行為態樣，但從行為客體加以觀察，並參照對於攝影對象有產生隱私、名譽侵害可能性的法益觀點來看，亦非不得將此一要件理解為攝影對象之「識別性」，亦即，私密性影像記錄亦須具備可得特定攝影對象之「識別性」。

（四）行為態樣

第 3 條作為私密性影像記錄提供等行為之處罰規範，第 1 項、第 2 項是公開罪（日文為「公表罪」），第 3 項則是基於公開目的之提供罪（日文為「公表目的提供罪」，以下簡稱「公開目的提供罪」）。第 4 項規定，前 3 項之罪非經告訴，不得提起公訴²⁴。其規定如下²⁵。

²² 皆川治之，前揭註 7，頁 23；水越壯夫，前揭註 7，頁 25。

²³ 皆川治之，前揭註 7，頁 23；水越壯夫，前揭註 7，頁 25。

²⁴ 就此，係因於提起公訴時，事件將公開於法庭上，被害者之私生活平穩有再次受損害之虞，因而將本罪規定為告訴乃論之罪。請參照：皆川治之，前揭註 7，頁 25；水越壯夫，前揭註 7，頁 27。

²⁵ 復仇式色情防止法第 3 條第 4 項係告訴乃論之規定，第 5 項係日本國民於日本國外犯本罪之處罰規定。與本文相關性較低，因而予以省略。

「以第三人得特定攝影對象之方法，藉由電氣通信線路向不特定或多數人提供私密性影像記錄者，處 3 年以下懲役或 50 萬日圓以下罰金。（第 1 項）」

以前項之方法，向不特定或多數人提供私密性影像記錄物者，或公然陳列者，亦同。（第 2 項）」

以使他人為前二項行為之目的，藉由電氣通信線路提供私密性影像記錄，或提供私密性影像記錄物者，處 1 年以下懲役或 30 萬日圓以下罰金。（第 3 項）」

第 1 項私密性影像記錄公開罪，係規定私密性影像記錄提供不特定或多數人之罰則規定。這是從對於私生活平穩有重大且回復困難之損害的私密性影像記錄等公開行為之中，限定處罰透過網路等方式所為的公開行為。本條所謂之「提供」，係指將私密性影像記錄置於相對人得利用之狀態的法律上、事實上的一切行為，不問有償或無償，亦未以相對人實際上受領為必要。如以 email 寄送而已進入相對人之收件匣者，即該當「提供」。另如設置會員制的網站，將私密性影像記錄保存於伺服器上，置於不特定或多數會員得以近用之狀態，亦該當「提供」。再者，透過 Line 傳送、貼附於聊天室等行為，只要該資訊保存於伺服器上，置於相對人得下載之狀態，即該當「提供」，達於既遂²⁶。本罪係以對於「不特定或多數人」提供為要件，立法意旨在防止透過網路造成私密性影像記錄廣泛流通之行為，導致攝影對象的性的隱私產生重大且回復困難之損害，因而如果僅提供給「特定且少數人」則不在公開罪的處罰範圍之內²⁷。

第 2 項私密性影像記錄物公開罪，規定為私密性影像記錄物提供不特定或多數人或公然陳列行為之處罰，係從對於私生活平穩有重大且回復困難之損害的私密性影像記錄等公開行為之中，限定處罰記錄該當影像之有體物的公開行為。除了「提供」之解釋如前所述，所謂「公然陳列」，係指將客體置於不特定或多數人得觀覽之狀態，如於牆壁貼附或散落照片等行為。再

²⁶ 皆川治之，前掲註7，頁24；水越壯夫，前掲註7，頁25。

²⁷ 平沢勝榮・三原じゅん子・山下貴司編著，前掲註16，頁72。

者，於網路伺服器的電腦硬碟中記憶、儲存、藏置私密性影像記錄，處於不特定或多數人近用可能的狀態者，該硬碟即該當私密性影像記錄物，成立公然陳列罪²⁸。

第 3 項則係公開目的提供罪，針對使他人為第 1 項、第 2 項行為之目的，私密性影像記錄（物）提供行為之處罰。即使是將私密性影像記錄提供特定少數人的情況，亦可謂會產生一定程度私生活平穩之侵害，如以公開為目的為之的情況，因為接受提供者所為之公開行為，有高度的可能性會造成攝影對象重大且回復困難之損害，因而，縱使僅提供給特定少數人，亦有可能評價為危險性較大的行為，因此，公開目的提供行為作為公開之前階段行為，即使對象是特定人或少數人，亦加以處罰²⁹。具體而言，以散布目的將私密性影像記錄以 email 傳送給少數人的情況，或以相同目的將客體傳送至 Line 之少數人在內之群組裡共有的情況，皆該當之³⁰。但如無此目的，則不成立公開目的提供罪，屬不可罰之行為。再者，即使於不可罰的情況，因為仍得解釋為有一定程度私生活平穩之侵害，因此，對於攝影對象仍有可能產生民事上損害賠償責任³¹。就其較輕的法定刑，則可從公開目的提供罪與公開罪（同條第 1 項、第 2 項）之關係來加以說明。此二者雖皆保護個人的性的隱私，但論者認為，法定刑是綜合考量公開目的提供罪尚未至實行著手，僅係處於預備階段的行為，另一方面，仍係對於攝影對象的性的隱私有一定程度的侵害，因而規定目前的刑度³²。

此外，公開目的提供罪係以「使他人為前二項行為之目的」為要件之目的犯³³。立法解說中認為，所謂「使他人為某行為」，僅須客觀上該當第 1 項、第 2 項之行為即為已足，該他人是否有故意、違法性、責任等，並無認

²⁸ 皆川治之，前揭註 7，頁 24；水越壯夫，前揭註 7，頁 25。

²⁹ 皆川治之，前揭註 7，頁 24-25。

³⁰ 皆川治之，前揭註 7，頁 25。

³¹ 皆川治之，前揭註 7，25。

³² 平沢勝榮・三原じゅん子・山下貴司編著，前揭註 16，頁 79-80。

³³ 水越壯夫，前揭註 7，頁 26。

定之必要³⁴。如就客體是私密性影像記錄（物）一事加以隱瞞，以使不知情之他人為公開行為之目的而提供者，即得成立本罪³⁵。另一方面，如以騷擾為目的，將過去戀人的性影像以 email 寄送給其配偶的情況，係以公開以外之目的，對於特定或少數人提供性私密影像記錄（物），則不成立本法之罪³⁶。雖然於此種情況亦有可能對於攝影對象的性隱私產生一定的侵害，但因無法認為有高度的可能性得以連結到因影像之擴散而導致重大且回復困難之損害，因此，未被規定為刑事處罰之對象³⁷。

就本條行為態樣之規定，則有 4 點應予留意。第一，條文中所謂「以第三人得特定攝影對象之方法」，於前述行為客體的說明中，將之理解為對於攝影對象可得特定之「識別性」，於此不贅。

第二，則係就散布對象之範圍，第 1 項、第 2 項係處罰向「不特定人或多數人」提供之行為，第 3 項則是包含向「特定人或少數人」提供，亦成立犯罪。所謂「不特定人或多數人」，就「不特定」而言，並非限定於基於特殊關係而屬於該範圍者，是否為「多數」則應依社會通念來判斷³⁸。

第三，就主觀要件，本罪皆屬故意犯，如係因過失導致影像流出，並不成立犯罪。並且，就故意之內容，行為人對於客體為私密性影像記錄（物）一事，應具備認識，如就「私密性」欠缺認識，應否定故意，不成立本罪³⁹。日本參議院總務委員會所為之附帶決議，規定政府於復仇式色情防止法之施行，應努力實現相關事項。其中，第 6 項規定，於本法執行之際，第三人遂行第 3 條第 1 項至第 3 項之行為時，如其對於行為客體是私密性影像記錄並未認識，應考慮不予論罪⁴⁰。

³⁴ 水越壯夫，前揭註7，頁27。

³⁵ 水越壯夫，前揭註7，頁27。

³⁶ 水越壯夫，前揭註7，頁27。

³⁷ 水越壯夫，前揭註7，頁27。

³⁸ 皆川治之，前揭註7，頁23；水越壯夫，前揭註7，頁25。

³⁹ 水越壯夫，前揭註7，頁25；園田寿，前揭註20，頁51。

⁴⁰ 水越壯夫，前揭註7，頁30；岡田好史，前揭註7，頁52，本法提案者表示，在故意的證明上，應依據關係人的供述，並依照客觀、外部之證據加以認定。

第四，就行為主體，由於條文中並未特別加以限定，因此，不僅是攝影者、直接從影像攝影者或攝影對象處取得性影像者得為行為主體，派生的（二次性的）取得者，與攝影者或攝影對象等人無關之第三人於網路上發現已經被公開的私密性影像記錄，其所為之轉載或再提供行為（即前述為「二次散布」行為）亦有可能成立本罪⁴¹。但就此種案件，有可能因為對於私密性欠缺認識，而有否定故意的可能性⁴²。此外，將於廁所中竊錄的被害者影像投稿或刊登在偷拍網頁上的行為，亦有本罪之適用⁴³。

二、小結

我國於 2023 年 1 月的修法亦參考了日本法⁴⁴，因而可以在如客體、行為態樣之規範方式上發現類似性。因而於檢討新法之際，一併參考日本法，即有實益。

首先，日本法就專法之立法目的，提及個人名譽、私生活平穩作為保護目的，並就認為「私生活之平穩」、「對於私生活平穩有重大且回復困難之損害」即為隱私。然而，此處所為「隱私」，究何所指？如何界定？連結到日本法第 3 條針對刑事處罰之保護法益，則認為僅保護隱私，不及於名譽。這樣的見解是否合理？以下於法益保護的討論，即可併予參考。

其次，就行為客體而言，學說上有認為就其定義，欠缺法律明確性⁴⁵。從「激發或刺激性欲」之要件來思考保護法益，亦有認為構成要件與保護法益皆須再釐清⁴⁶。如「激發或刺激性欲」之要件，對於復仇式色情防止法而言是否必要⁴⁷。亦有提出主觀要件是否太寬鬆、罰責輕重、是否應規定阻卻

⁴¹ 水越壯夫，前揭註 7，頁 25-26；園田寿，前揭註 20，頁 51-52；岡田好史，前揭註 7，頁 41。

⁴² 水越壯夫，前揭註 7，頁 26。

⁴³ 岡田好史，前揭註 7，頁 41。

⁴⁴ 請參照刑法第 319 條之 3 立法理由二。

⁴⁵ 蕭郁澹，前揭註 1，頁 24；法思齊，前揭註 7，頁 221。行為客體定義的明確性問題，可參照：松井茂記，前揭註 5，頁 203-210。

⁴⁶ 蕭郁澹，前揭註 1，頁 24-25；法思齊，前揭註 7，頁 220。

⁴⁷ 園田寿，前揭註 20，頁 49；松井茂記，前揭註 5，頁 215。

違法事由等問題⁴⁸。不過，就私密性、識別性之要件，則於探討臺灣新法時，有參考的價值。日本法為了保護隱私、名譽而於要件上規定的「私密性」要件，在規範上是否真的必要？判斷上，以攝影對象主觀內容為主要判斷對象，是否合理？皆有從法益保護的觀點進行檢討之必要。就此，日本法之規定與我國有相似亦有相異之處，於後續針對我國性影像之攝錄與散布處罰規定加以檢討時，有參照之價值。

再者，就行為態樣的部分，不論是日本法或臺灣法都採取了較為廣泛的行為態樣規定。日本法對於私密性影像記錄物之提供行為予以處罰，規範方式不同於臺灣刑法第 319 條之 3 之「重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽」。但提供行為與臺灣刑法第 319 條之 3 行為態樣的規範方式，亦有同樣須思考的問題點。日本法之第 3 條是否僅保護性的隱私？公開罪只處罰提供給不特定人或多數人的行為，是否適當？公開目的提供罪作為公開罪之前階段預備行為，提供給少數人也處罰，但無此目的則不可罰，是否正當？從「提供」行為態樣來看，公開罪或公開目的提供罪不易辨識出法益侵害性，由此可以反過來確認，彰顯公開罪（或公開目的提供罪）之法益侵害性者，首先在於私密性影像記錄本身「私密性」足以彰顯隱私，再進而透過「提供」給不特定人或多數人的行為，彰顯隱私受到侵害，因此，可以說日本法透過彰顯隱私存在的性私密影像記錄物被公開一事，透過客體的限縮加上行為態樣來突顯隱私受到侵害。惟就此一立法，仍不乏有檢討的聲音。

亦有論者強調除了事後處罰之外，避免輕易的拍攝或使人拍攝性影像，亦屬重要⁴⁹。有論者提醒，對於復仇式色情的嚴格規制，在憲法上的正當化基礎係來自於保護攝影對象免於受到來自性影像公開或流通的惡害，換言之，係以保護被害者隱私之個人法益為前提，並非為了除去對於攝影對象之

⁴⁸ 法思齊，前揭註7，頁221-222。

⁴⁹ 園田寿，前揭註20，頁54。

社會性危害，而正當化規制。在刑法規制亦可能造成表現自由的規制時，必須盡可能符合最小限度的要求⁵⁰。

在對日本法做初步整理之後，以下即針對前述問題意識，於後文中相關之處將日本法作為參考、比較之對象，嘗試回答問題意識。

參、攝錄、散布性影像行為之刑法規制——以刑法保護隱私之界限

不論是從新增訂刑法第 28 章之 1「妨害性隱私及不實性影像罪」章名明確提及性隱私妨害之規制，或是第 319 條之 1 至第 319 條之 3 立法理由所述，為了強化隱私權之保障，以維護個人生活私密領域最核心之性隱私，皆可清楚知悉，新法第 319 條之 1 至第 319 條之 3 係以隱私為保護法益，並著重於與性有關之隱私。另參照新法就行為態樣的規範方式，就攝錄有「未得同意攝錄」與「強暴脅迫違反意願之攝錄」（以下就後者簡稱「強制攝錄」），就散布則是具體規定為「未得同意」之「重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽」。

以下以問題意識為主軸，檢討新法之規範。就保護法益與行為客體之部分，先介紹隱私權的發展，其次試論性隱私的不同層次，再探討值得刑法加以保護的隱私法益，最後探討刑法第 10 條與第 319 條之 1 至第 319 條之 3 之各條中所謂的性影像，其範圍為何？應如何界定值得保護的範圍。進一步，就行為態樣的部分，探討隱私侵害與刑法保障隱私的方式，分別檢討攝錄與散布的規範正當性。

⁵⁰ 岡田好史，前揭註7，頁52。

一、從隱私之屬性的釐清來談保護法益

（一）成長變動中的隱私權概念

就隱私權之保護，係美國法所發展而來的權利，雖然憲法中並未明文列舉，但於我國司法院釋字第 585 號、第 603 號等釋憲實務上，早已肯認隱私權為憲法上所保護的基本權利。不過，仍應留意，隱私權其實是遲至 1890 年代才出現的新興法益。

在傳統村落社會中，人與人的生活中，公私空間的區分並不明確，相識的人長年在相同地方生活，不會有隱私的意識。隱私之所以成為現實問題，是因為群眾開始集中於都市生活，職場與住居分離，切出公私領域之別，因而對於私領域的維護產生迫切的需求，進而有隱私權的誕生⁵¹。

學說上有將隱私權發展，析出 3 個階段的變遷⁵²。第一階段為於 1890 年代所提出的隱私權概念，其概念係指個人於私領域中所具有的「獨處權利」，就自己之私領域有拒絕他人介入之權利，在此階段，要應對的是名人私生活照片被公開在報紙上的問題，這是古典意義的隱私權。第二階段係於 1960

⁵¹ 長谷部恭男（1999），《憲法学のフロンティア》，頁116，岩波書店；李茂生（1999），〈刑法秘密罪章新修條文評釋〉，《月旦法學雜誌》，51期，頁94-95。惟應留意，隱私與隱私權於理解上係屬不同概念，隱私係出於不同觀點來定義隱私，但隱私權則是從法律觀點，依照一定的判準來劃定得作為權利加以保護的隱私權範疇。進一步亦可以說，就隱私權而言，依刑法保護的隱私權與依民法保護的隱私權等各規範保護之隱私權範圍有可能重疊，但亦會因為其規範制度目的、法律效果而致有範圍的差異。本文於行文上或許未必皆運用隱私權一語，但本文意在探討刑法應如何保護隱私權，因而討論的是從法律、刑法觀點作為刑法法益的隱私權。

⁵² 本段落有關隱私權發展之介紹，係參考：山本龍彦（2010），〈プライバシーの權利〉，《ジュリスト》，1412号，頁80-85；佐伯仁志（1996），〈名譽とプライバシーに対する罪〉，芝原邦爾・堀内捷三・町野朔・西田典之（等編），《刑法理論の現代的展開：各論》，頁88-89，日本評論社；水谷雅彦（2002），〈住基ネットとプライバシーの「危機」〉，《法学セミナー》，571号，頁41-42。就此一發展之詳細中文介紹，請參照：簡至鴻（2022），〈個人資料保護法第41條「違法侵害個資罪」之基本課題：以最高法院109年度台上大字第1869號刑事裁定的檢討為契機〉，《刑事政策與犯罪防治研究》，32期，頁162-165。

年代的轉變，因應電腦等科學技術的發展，竊聽裝置等監控技術的進化，隱私權的討論轉向個人對於涉己資訊的自我控制，針對涉己資訊的開示時點、方式、對象或範圍，個人有積極支配涉己資訊知悉範圍之權利。此種個人資訊自我控制權的內涵，重點在於個人於一定的人際關係範圍內之自我展現。第三階段則是 1990 年代後半開始，電腦網路等技術加速發展，形成高度資訊化、全球化社會之下，隱私權的內容所討論的資訊自我決定權，議論的問題是如何因應蓄積大量個人資訊之系統、資料庫，因此，問題不是在個人的私領域資訊的公開等問題，而是進一步擴展為此種資訊的集中管理與應用造成了什麼不利益且應如何應對⁵³。此即目前議論的現況。

如此看來，應可發現「隱私」一語具有多樣的意義，並持續發展膨脹中，從而，規範上應如何加以保障，應該從其侵害之行為態樣、保護客體之價值與值得保護之範圍、行為主體的範圍等方向來類型化思考，適度劃定自他領域與規制之界線，不應一概而論。於民主自由的資訊化社會中，即使是針對隱私權的保護，亦應該在如何確保個人之自律、言論自由、寬容社會等多樣價值的框架下來思考，以複合的視角來議論隱私權保護與侵害規制的應有態樣⁵⁴。於此一發展脈絡中，隱私權可以是私領域的物理性介入、私生活公開、私人資訊之自我決定權等不同層次。攝錄、散布性影像行為所牽涉到的則是前述第二階段的發展，牽涉到攝影對象的隱私、攝錄或散布者之行動自由或表現自由，而有權衡思考、避免處罰過度擴張之必要。

學說上有認為，縱然可以將隱私權解釋為是自我決定權的一種，但是，相反地，將所有的自我決定權都包含在隱私權之中，即不適當，有可能引起議論的混亂。即使肯認隱私權包含了資訊自我決定權，其概念也相當廣泛，難謂所有的資訊自我決定權皆應受到法律保障⁵⁵。進一步論及刑法對於隱私的保護，亦非將全部的隱私皆予以保護，毋寧只應斷片性地加以保護⁵⁶。從

⁵³ 以上請參照：山本龍彥，前揭註52，頁80-85；佐伯仁志，前揭註52，頁88-89；水谷雅彥，前揭註52，頁41-42。

⁵⁴ 長谷部恭男，前揭註51，頁109-110。

⁵⁵ 長谷部恭男，前揭註51，頁110。

⁵⁶ 佐伯仁志，前揭註52，頁92；淺田和茂（2020），《刑法各論》，頁134，成文堂。

而，必須留意，縱使隱私權為憲法上所保護之基本權利，但要回答權利保護或就其侵害行為之處罰是否應以刑事制裁為之此一問題，若僅以之為憲法上權利為理由，於刑事立法正當性的論述上仍不充足⁵⁷。

（二）性隱私的層次性保護：從實體私領域的物理性身體到資訊化、檔案化的性隱私

為了進一步釐清與性相關之侵害的類型，就性隱私，本文認為可初步做以下之區分。首先，第一層次是實體私領域中的性隱私（「實體性隱私」）。此係指行為人進入或接觸實體的私密領域，看見或觸碰個人物理性、生理身體上性相關的部位，如後所述，就包含性關係等親密關係之自我決定權，亦屬廣義隱私權的概念內涵。第二層次，則是從物理世界進入資訊世界，透過拍攝、錄影等方式，紀錄有關第一層次個人物理性、生理身體上性相關部位或帶有這些資訊之活動的照片、影音（「資訊性隱私」）。就此，所談論的客體已非身體本身，而是有關身體的資訊，將物理性身體轉化為資訊、檔案。在此層次，資訊本身尚可以對應到特定個人。在隱私權發展的脈絡裡，此部分的性私密影音則為性關聯之資訊，亦為性隱私的一種，且係有關性的資訊自我決定權。第三層次的性隱私，看似與個人相關，但實則未必。此一層次涉及之性私密影音資訊，因為科學技術的發展，性私密影音資訊本身與個人的連結有程度上的差異，可能係較為緊密連結，但亦可能與個人連結偏向稀薄而漸趨鬆弛乃至於斷裂。極端的與特定個人切離關係的例子，就是透過電腦深偽技術所做成無法連結至特定個人之性私密影音（暫擬稱「虛擬性隱私」）⁵⁸。

⁵⁷ 亦可參照：蔡蕙芳（2010a），〈從美國隱私權法論刑法第三一五條之一與相關各構成要件（上）〉，《興大法學》，6期，頁83；蔡蕙芳（2010b），〈從美國隱私權法論刑法第三一五條之一與相關各構成要件（下）〉，《興大法學》，7期，頁59。

⁵⁸ 亦因為與特定個人已無法連結，此時是否有特定個人的隱私法益受到侵害，即成為疑問，這也導致「性隱私」一語在此種情況會存在語病。

本文認為，針對上述不同層次之性隱私侵害所涉及利益，會因為資訊與特定個人實體身體之遠近距離差異而有所不同。第一層次進入個人實體私領域所造成的侵害，是直接緊密連結於個人身體的隱私利益，第二層次散布性私密影音對於個人的侵害，則因已脫離身體本身，隱私內容受到資訊化、檔案化固定下來，但因為影音內容仍可對應到特定個人，因而係較為間接的個人性隱私利益，係為對於有關性之資訊自我決定權之侵害。第三層次則與個人是否有連結已存在疑問或甚至脫離關係。於完全欠缺連結的狀況，已與個人隱私或個人性的資訊無關，僅存在是否有妨害名譽、散布猥褻物品的問題。然而，當深偽性影音廣泛出現、真假難辨時，大眾已知道所看見的未必等於真實時，縱使有第二層次的性私密影音流傳於網路，也可能未必會對個人造成侵害。當社會進展到這個階段，性私密影音與性隱私、名譽可能會切離關係，剩下的問題應該只會存在散布猥褻物品的問題上，導致原本對於個人法益的侵害，反過來有可能轉為對於社會法益的侵害。就有關性隱私的權利屬性可能存在此種階段性變化，但就這些不同層次的性隱私，是否皆應以刑法加以保護，則有疑問⁵⁹。

就第一層次的物理性身體的隱私侵害，議論上會包含強制性交、強制猥褻行為等暴力的侵害行為。但此時應可發現，因為刑法本身即有獨自對於強制性交、強制猥褻保護之規範，將之視為隱私侵害並無多大意義，反倒應留意的是，刑法並未全面性的保護物理性身體。此觀刑法第 315 條之 1 即可發現，針對非公開之活動或身體隱私部位，只有利用工具或設備窺視時，始有處罰規定。縱使連同第 306 條侵入住居罪一併思考，也會發現本條雖然有保護隱私，但並不是主要以有關性的隱私為保護對象。由此可以見得，就現行刑法而言，對於直接目視接觸的隱私侵害，並無全面保護的情況，一方面應該重新確認於未使用工具或設備窺視他人身體隱私部位所造成的隱私侵害，

⁵⁹ 如許恒達（2022），〈深度偽造影音及其刑法規制〉，《法學叢刊》，67卷1期，頁16，論者認為，在本次修法之前，我國法並非完全無法應對色情內容深偽影音，因而，於既有刑事制裁可加以因應的情況下，並無就深偽（性）影音有增訂新法之必要。

尚未到達可罰的程度，另一方面，亦反襯出，當此種物理性身體的隱私資訊化、檔案化之後，在思考如何保護此種間接的、脫離實存身體之個人隱私利益時，似應避免積極、全面性予以保護，始屬相當。

（三）得以作為刑法法益加以保護的隱私：非公開隱私

1. 隱私與秘密之異同

相對於隱私，所謂秘密，並非一種積極性的權利，而是一種防禦性的利益。就其語義，原初是知識、資訊的獨佔，針對資訊意圖隱蔽，具有消極、被動的特性。但秘密的概念，伴隨著隱私權的誕生，拓展了秘密的射程範圍，其定義漸趨豐富、範圍擴張，在社會變遷的過程中，不論是定義或範圍仍存在不明確性與變動可能性。保護私人秘密、隱私，現今已代表著承認有關個人私領域的支配，承認個人私領域的自我決定，換言之，是意指就來自於社會或國家對於私領域之干涉加以防禦，已經帶有積極、主動的特性⁶⁰。隱私權發展到資訊自我決定權的階段，即彰顯其作為一種積極性利益，而有主動的性質。然而，對於個人秘密的保護，固然是刑法保障的對象，但隨著隱私權內涵的不斷擴展，刑法的保護範圍是否亦應隨之擴張，則有疑問。得先加以確認的是，具有積極面向的隱私權範疇，如對於個人資訊的自我決定權或自我控制權，並不適合以刑法加以保障，而應以民事賠償或行政救濟的方式加以應對⁶¹。

然而，就秘密與隱私之間的異同，仍然有釐清之必要。學說上有認為，隱私與秘密在解釋上應加以區別⁶²，但亦有論者並不區分論述⁶³。相對於隱

⁶⁰ 園田寿（1990），〈私的秘密の刑法的保護〉，《刑法雜誌》，30卷3号，頁395-397。

⁶¹ 李茂生，前揭註51，頁95。

⁶² 認為隱私與秘密在解釋上不應相連結者，請參照：蔡蕙芳（2010b），前揭註57，頁36。另可參照：許恒達（2013），〈GPS抓姦與行動隱私的保護界限：評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第二四〇七號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，24期，頁62。

⁶³ 如李茂生，前揭註51，頁93-106。

私，參照刑法向來對於保護秘密的規範，可以透過行為客體、行為態樣 2 點來觀察其異同。

第一，就行為客體認定方式而言，秘密的意義已如上所述，但就其認定，認定秘密之方式與範疇相對穩定且較易確認，於刑法中係透過封緘之物理性行動或特定關係之間的資訊提供來彰顯或標示秘密。第二，就行為態樣，則主要有二，其一是透過封緘等物理性行動所標示之私領域受到破壞，係私領域侵入乃至於刺探的行為態樣，另一則為因特定關係而得獲得資訊者所為之洩漏行為⁶⁴。隱私則如前所述，其概念內涵尚在成長之中，前述 3 個層次皆有可能在各法律規範中受到保護，因而，第一，就行為客體而言，刑法上加以保障的隱私權，如就第 315 條之 1 至第 315 條之 2 保護「非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位」、第 319 條之 1 至第 319 條之 4 保護紀錄性活動、性器等身體隱私部位之「性影像」。第二，就行為態樣而言，第 315 條之 1「利用工具或設備竊視竊聽或竊錄」，第 315 條之 2「製造、散布、播送或販賣」，第 319 條之 1「未經同意攝錄」，第 319 條之 2「強制攝錄」，第 319 條之 3「未經同意重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽」，第 319 條之 4「製作不實性影像」、「散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽不實性影像」。可以統整認為刑法規制之行為態樣有（1）竊視竊聽或竊錄、強制攝錄類型，（2）製造、重製類型，與（3）散布、播送、販賣、交付、公然陳列或以他法供人觀覽等洩漏類型⁶⁵。

兩相對照，即可發現，第一，隱私與秘密或有重疊之處，但因為認定方式並不相同，因而就受保護之行為客體即會產生差異。第二，可以發現對於秘密的保護，除了透過對於刺探與洩漏之處罰來加以規制之外，並未處罰後階段進一步的洩漏或散布行為，如拆開封緘窺視書信內容後，將內容告知他人，或因特定職務之人洩漏其於業務上知悉他人之秘密時，得知秘密者再告知他人等情形。這些情況如非該當第 310 條第 1 項、同條第 3 項但書，達到

⁶⁴ 李茂生，前揭註 51，頁 96-97。

⁶⁵ 此 3 類型可以對應到個人資料保護法規定的蒐集、處理、利用等行為態樣。

足以毀損名譽的程度，即無處罰規定⁶⁶。但如果是隱私，除了（1）竊視竊聽或竊錄、強制攝錄類型事實上相當於對於秘密保護之私領域侵入乃至於刺探的行為態樣之外，（2）與（3）是對於秘密保護所無之行為態樣。當「非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位」或「性器等身體隱私部位或性活動」透過電磁紀錄等以影像形態作為資訊被記錄下來時，則該資訊本身進一步會獨立成為行為客體，進而於透過「製造、散布、播送或販賣」或「重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽」等後階段行為態樣受到侵害時，刑法亦加以保護。換言之，有別於秘密，隱私的保護進一步及於附著於電磁紀錄上之個人資料經散布所造成之侵害。不過，就此部分是否可以認為有對於隱私之侵害，還有待釐清。如此分析可知，隱私與秘密確實有不同之處，就隱私之刑法保護有獨立討論的必要。

2. 刑法所保護的隱私權

隱私權屬於憲法保障之權利，於司法院釋字第 585 號解釋理由書提及「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間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，而受憲法第二十二條所保障」⁶⁷。就其實質概念內容，則仰賴學說建構與具體化。對於隱私權概念之建構，一般性的認為隱私權是個人自主決定權的說法較欠缺實質意義，主要理由在於，如刑法上各種法益，皆有自我決定權的內涵，將隱私權如此定義，反倒使其欠缺獨立存在之必要⁶⁸。再者，此種說法也無法突顯隱私所牽涉到的利益究竟為何。重點應該在於法益受侵害時所遭受到何種損害，才是能具體突顯隱私內涵或實質的觀點。從美國學說與實務的討論，大致可以將隱私權統整區分為以下 3 類：（1）親密事務（事關婚姻、生殖、性關係等事項）之

⁶⁶ 李茂生，前揭註 51，頁 99、102。

⁶⁷ 司法院釋字第 585 號解釋理由書第 25 段。司法院釋字第 603 號涉及資訊隱私權，司法院釋字第 689 號則涉及於公共場域中是否得主張免於受他人侵擾之自由。

⁶⁸ 張陳弘（2018），〈新興科技下的資訊隱私保護：「告知後同意原則」的侷限性與修正方法之提出〉，《臺大法學論叢》，47 卷 1 期，頁 241。

自主決定權、(2) 空間隱私權 (獨處或不受干擾的權利)、(3) 資訊隱私權 (個人資料控制權)⁶⁹。

然而，檢視這些隱私概念或隱私侵害類型的分類，可以察覺 3 點。第一，隱私內含 2 個不同的重點，其一是著重「自主性」，重在自我決定、不受干預，另一則著重「非公開性」，重在私領域不受侵入。第二，從刑法保護法益的既有列表來看，上述對於隱私內涵的說明包括了刑法原已保護的法益。如親密事務之自主決定權包含自願性性關係，此於刑法第 221 條以下強制性交等罪已有保護。又如空間隱私權或物理性隔絕領域之侵入，亦於刑法第 306 條侵入住居罪或第 315 條妨害書信秘密罪已有保護。從而，刑法在針對這些法益加以保護時，未必需要以隱私權當作正當化的理由。即使不談隱私權，一樣可以充分保護這些法益。

第三，相反地，並非只要是涵蓋在上述隱私概念範圍內，即可受到刑法的保護。觀察現行法對於隱私保護，並不是全面性、概括地皆予以保護個人所有的隱私利益。就此，從典型以隱私為保護對象之刑法第 315 條之 1 來看，本罪限定以特定行為態樣侵害特定客體，始有成罪之可能，如從門縫窺視他人洗澡，即不成罪⁷⁰。另外，刑法第 315 條之 2 第 3 項並非保護所有涉及隱私之影像或電磁紀錄，而是只限制在散布同條前 2 項或第 315 條之 1 第 2 款所竊錄之內容，因而若是合意攝錄所取得者，即不該當第 315 條之 2 第 3 項之規定，不成立該罪。換言之，合意之隱私影像並不在第 315 條之 2 第 3 項之保護範圍⁷¹。此外，即使是保護資訊隱私權的個人資料保護法，從該法第 41 條、第 42 條規範設有主觀意圖、足生損害等規定，亦可見得並不是只要屬於隱私侵害，即有以刑罰加以處罰之正當性⁷²。

⁶⁹ 張陳弘，前揭註 68，頁 242-245。

⁷⁰ 王皇玉 (2009)，〈拘禁、違法搜索與竊拍？〉，《台灣法學雜誌》，131 期，頁 136-137。

⁷¹ 王皇玉，前揭註 70，頁 137。

⁷² 就主觀意圖、足生損害要件之檢討，可參見：薛智仁 (2014)，〈衛星定位追蹤之刑責：評臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號判決〉，《科技法學評論》，11 卷 1 期，頁 145-146；簡至鴻，前揭註 52，頁 171-179。

因而，一概地認為因為隱私權是憲法上的基本權利，所以刑法應全面地保護隱私權的觀點，並不正確。一來，本即在刑法中做為獨立的保護法益受到保護者，如書信秘密、作為住居權內涵之部分的隱私，至少在刑法的議論中並無另外稱其為隱私之必要。二來，即使特定利益被涵蓋在隱私概念之中或作為隱私權受到侵害，一方面未必有透過刑法加以保護之必要，另一方面從向來條文之規範、學說理論與實務見解的要求來看，如對於刑法第 315 條之 1「非公開」之解釋，應可察覺，刑法上對於隱私之保障，尚仰賴對於主客觀合理隱私的期待是否該當的判斷，就此，事實上即是在檢視是否為刑法上應加以保護之隱私。因此，本文認為，隱私要做為刑法上的法益加以保護，尚須進行合理的調整，方能使得隱私保護不至於過度壓抑他人的自由範圍，並使刑法仍可維持其謙抑性、補充性之原則。

3. 作為刑法性隱私保護核心的是「性資訊自我決定權」或「非公開性」？

去除掉刑法原已有保護之法益後，回到古典隱私的源起，值得刑法加以保護之隱私主要內涵在於「不受干擾的權利」，相應於刑罰嚴厲的法律效果，如何在擴張的隱私權概念中畫出適當的刑法保護範圍，透過界定消極防禦面向的隱私權，排除積極性利益的部分，或許是一個避免刑罰權擴張以致於難以節制的方向。反思前述隱私權的自主性或非公開性兩大內涵，參照新法之規定，有必要確認第 319 條之 1 至第 319 條之 3 所欲保護者，究應著重在「自主性」還是「非公開性」。藉此一議論，或可達到凸顯法益侵害性、明確化處罰範圍的目的，回應犯罪定型化的要求。在本文議題的範圍內，如著重於前者，對於隱私的保護將以「性資訊之自我決定權」為核心，如著重於後者，論述的起點則為「非公開隱私之保護」。雖然此二者並不互斥，但著重何者仍會導致刑法論述與處罰範圍的差異，因而有討論之必要。

首先，如著重「自主性」，隱私保護有可能透過「性資訊之自我決定權」保護來理解。藉此，前述 3 種行為態樣中，（1）竊視竊聽或竊錄、強制攝錄係對於性隱私無權探知或無權取得影像加以處罰，（2）製造、重製是無權另為複製的處罰，（3）散布、播送、販賣、交付、公然陳列或以他法供

人觀覽則是無權擴張性資訊知悉範圍，因而亦可將（2）理解為有擴張此一知悉範圍危險性的行為，3 種行為態樣皆可整合為對於「性資訊之自我決定權」之侵害（自我決定權保護架構）。於此一架構下，（1）的性影像即使是未經遮蔽的身體隱私部位、活春宮，（3）所散布的性影像即使是盜版成人影片，不論是盜拷或盜賣，皆會該當構成要件。同時，有關資訊知悉範圍界定等等自我決定權的意願問題，為了避免法益存否因法益主體的意願時刻變化，導致犯罪是否成立陷於恣意，亦應明確說明資訊知悉範圍界定之認定的時點為何。

如以「非公開性」為隱私權保護之核心，則在現行法之下，尚須透過行為客體、行為態樣或行為主體之解釋，建構非公開性，並以第 319 條之 1 及第 319 條之 2 為隱私權保護的犯罪基本類型，第 319 條之 3 則為後階段行為（非公開性保護架構）。不過，在此一架構思考下，由於第 319 條之 3 第 1 項散布的是合意（或經同意取得之）性影像，因此，即會遭遇解釋上的困難，換言之，相對於第 319 條之 3 第 2 項、第 3 項是透過第 319 條之 1 與第 319 條之 2 先侵害了非公開性，進一步因為第 319 條之 3 第 2 項、第 3 項構成後階段的侵害，第 319 條之 3 第 1 項則非如此，要如何解釋即有困難。但亦因此，即有第 3 種架構存在的空間，即就「第 319 條之 1 及第 319 條之 2 + 第 319 條之 3 第 2 項、第 3 項」採取非公開性保護架構、「第 319 條之 3 第 1 項」採取自我決定權保護架構，以二元架構來解決論述上的困難。

惟本文認為，自主性之保護為核心的「性資訊之自我決定權」不應作為刑法性隱私之保護法益，理由如下⁷³。

第一，從具體個案來看，身體隱私部位的公開裸露或活春宮公開展示本身，除了路過看見而知悉這些性資訊，現今人人皆有智慧型手機，既然對於不特定多數人公開裸露身體隱私部位或公開為性行為，一般人即會推測其針對「身體隱私部位或性行為並無限制閱聽對象之意」，因而即使隨手攝錄、攝錄後散布亦不應禁止。

⁷³ 否定資訊自我決定權的基本權地位者，請參見：曾我部真裕（2018），〈自己情報コントロールは基本権？〉，《憲法研究》，3 号，頁 71-77。

第二，從刑法保護法益的觀點，就性資訊之自我決定權亦不應當做法益加以保護。刑法上所有的法益事實上皆有自我決定的面向，但較有意義的討論是對於「何種利益」自我決定。而資訊本身過於寬泛，拍照時攝錄到路人的臉部影像，亦是個人資訊自我決定權之侵害，即使限定在性資訊本身亦過於寬泛，難以限縮，所謂自我決定除了於攝錄時可以明確辨認是否願意被攝錄，但即使是在攝錄時，或甚至在二次散布時，資訊知悉範圍則不容易明確認定，顯然性資訊之自我決定權、知悉範圍掌控權並不適於作為刑法的保護利益。

本文亦認為，就性資訊之自我決定權之保障，如未明確化判斷時點，則基本上會近於對於隱私權保護法益認定的主觀標準，然而，這將導致構成要件之行為客體難以從客觀認定，進而有處罰範圍不明確的問題。此種法益容易因為時空或人際關係的變化，而有意願的改變，但特別是在散布行為時，事實上難以透過外界來加以探知或確認被害人的意願如何，因而有可能一律認為「未曾表示同意的範疇就是不同意」、「沒問就是違反意願」，但這未必符合現實，因而筆者認為並不妥當。基此，性資訊之自我決定權無法單獨作為刑法上的保護法益。

從而，本文認為，應著重隱私概念中所強調的「非公開性」，唯有「非公開隱私」才是刑法提供保護的核心利益。因此，所謂「不受干擾的權利」，其重點在包含「物理性的私領域不受干擾」或「特定緊密關係的資訊封閉領域的維持」，同時亦應留意，此處所謂「不受干擾」，並不是指性器等身體隱私部位的裸露或性活動本身受到侵擾或中斷之意，而是指避免他人侵入封閉領域或避免封閉領域中未受公開之資訊洩漏於眾，透過處罰（1）竊視竊聽或竊錄、強制攝錄，（2）製造、重製，與（3）播送、販賣、交付、公然陳列或以他法供人觀覽等這 3 種態樣，來保護原本封閉或未受公開的領域或資訊。不過，就第 319 條之 1 以下條文所保護的「性隱私」，是否亦應具備「非公開性」始受保護，有必要進一步確認。

（四）性影像作為行為客體：須具備「非公開」之性質

進一步須再確認的是本文所關注第 319 條之 1 以下之行為客體，是否只要是性影像，即可作為新法第 319 條之 1 以下的保護對象。從第 319 條之 1 以下條文之規範方式，就性影像之保護，立法者似乎欲給予全面性的保護，但就此是否正當，則有疑義。詳言之，比較刑法第 315 條之 1 與第 319 條之 1 及第 319 條之 2 可知，就竊錄非公開之性影像，本即可透過第 315 條之 1 第 2 款加以保護，但未得同意攝錄公開之性影像、以強暴脅迫違反意願之方法竊錄公開或非公開之性影像，則是刑法原有規定所未能處理的範疇。其中，如攝影對象不欲被攝錄，行為人卻以強暴脅迫違反意願之方法攝錄者，因行為人強暴脅迫等強制手段彰顯了保護法益的存在、隱私被迫公開，而攝影對象不欲被攝錄通常亦可從客觀上其所採取之遮蔽措施彰顯隱私之存在，因此，以強暴脅迫違反意願之方法攝錄非公開之性影像此一部分較無疑義。進而可知，未得同意或以強暴脅迫違反意願之方法攝錄公開之性影像，才是議論的核心。於此，先以公開之性影像是否為保護的對象，為論述重點。

須先釐清者，所謂的公開之性影像，精確來說，第一個層次主要係指對於公開之性活動或性器等身體隱私部位加以攝錄的部分。因此，討論性影像是否公開，主要是討論性活動或性器等身體隱私部位是否公開。

固然可以認為，相較刑法第 315 條之 1 條文文義，既然第 319 條之 1 並未限定為「非公開」，則於文義解釋範圍本即包含「公開」的情形，且體系上，既然與第 315 條之 1 規範上有所不同，將「公開」納進保護範疇，亦屬自然。此種觀點有其道理，但本文認為，除了透過形式上條文文字的對照以外，重點仍應在於保護法益的討論，亦即，公開之性活動或性器等身體隱私部位是否值得作為隱私，透過刑法來加以保護。

一般而言，有關性的事物，可能會被認為具備私密性、在規範上應該承認是隱私。然而，縱然可以肯認對多數人而言，性是私密領域的事項，但這充其量也只是事實層面或道德層面的現象，從活春宮存在的現實、網路上流傳的自拍性愛影像亦可知，現實上也有在公開的情況下進行性活動或自願散布性影像的現象。進而必須確認的是，性影像是否亦須具備「非公開性」或

「私密性」與「隱私／秘密利益」，或合理的隱私期待，才受到刑法之保護。就此可區分為 2 個問題，第一，公共場域是否仍有隱私權保障的可能，第二，公開的性影像（性活動或性器等身體隱私部位）是否應作為隱私加以保護。第 2 個問題進一步會涉及 2 個層次，第一，性影像是否須具備「非公開性」。第二，若是，則應如何認定「非公開性」。此一問題之重要性，透過以下案例即可察覺。

舉例而言，甲乙在自家住處窗台前，左右拉開窗戶窗簾，形成大片空隙，可露出兩人之上半身，透過肉眼可以從一樓或對街陽台看見其活動。於此狀態之下，甲乙開始觸碰對方性器及身體隱私部位，並為性行為。記者或對街住戶丙以數位相機將這一連串的畫面拍照並攝錄下來⁷⁴。丙之行為是否成立刑法第 315 條之 1 第 2 款竊錄非公開活動罪、第 319 條之 1 第 1 項未得同意攝錄性影像罪？此一案例的原型為最高法院 101 年度台上字第 6343 號刑事判決，原案例事實中，攝影對象僅在交談，最後就刑法第 315 條之 1 第 2 款竊錄非公開活動罪係為無罪定讞。如果其他客觀情況皆無不同，僅活動之內容改為性行為，影像本身符合刑法第 10 條第 8 項性影像之文義，丙之行為是否成立上述 2 罪，即成問題。另外，如果將處所改為在開放的公園或路邊，是否會有所不同，亦須討論。

1. 公共場域是否仍有隱私權保障的必要

首先，就公共場域是否仍有隱私權保障的必要，從我國實務與學說皆有肯定的見解。司法院釋字第 585 號解釋理由書雖提及，隱私權受到憲法第 22 條之保障，但並未言及或否定公開場域的隱私權保障問題。惟於司法院釋字第 689 號解釋理由書中除重申司法院釋字第 585 號、第 603 號之意旨，尚提及對於包含隱私權在內之個人自由權利之保護，並不因其身處公共場域，而失其必要性。但仍強調在參與社會生活時，自他之行動自由於合理範圍內須相互容忍。與隱私權相關者，則強調「他人之私密領域及個人資料自主，在公共場域亦有可能受到干擾，而超出可容忍之範圍，該干擾行為亦有加以限

⁷⁴ 此案例改寫自最高法院 101 年度台上字第 6343 號刑事判決。

制之必要。蓋個人之私人生活及社會活動，隨時受他人持續注視、監看、監聽或公開揭露，其言行舉止及人際互動即難自由從事，致影響其人格之自由發展。尤以現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，個人之私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能性大為增加，個人之私人活動及隱私受保護之需要，亦隨之提升。是個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護。惟在公共場域中個人所得主張不受此等侵擾之自由，以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且該期待須依社會通念認為合理者。⁷⁵」由此可知，即使是在公開場域，仍有隱私保護之必要性。惟仍須判斷是否合於合理隱私期待。就此，實務見解承接釋字之意旨，基本上亦認為有無隱私權合理保護之期待，不應以個人所處之空間有無公共性，作為決定其是否應受憲法隱私權保障之絕對標準。即使個人身處公共場域中，仍享有私領域不被使用科技設備非法掌握行蹤或活動之合理隱私期待⁷⁶。

在刑法第 315 條之 1「非公開」要件的討論脈絡中，學說上則有認為，當個人處於公共領域中，或是選擇不具保持隱密客觀條件之場所，以致於他人得以偶然侵入或窺視其言論、活動，例如公園或車床族的性愛活動，則此時被害人即無法主張或期待享有與在隱私領域中同等的保護⁷⁷。並且，即使是身體隱私部位，如果有人以裸舞、裸奔的方式公開展演自己身體，或是穿著坦胸露乳的衣服展示身材，則這些公開展露的身體部位，不應再界定為「隱私」⁷⁸。同時，該論者亦認為，如可認為言論者或行動者所處的位置係在「公

⁷⁵ 司法院釋字第 689 號解釋理由書第 7 段。

⁷⁶ 最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決，及同案之非常上訴判決；最高法院 109 年度台非字第 61 號刑事判決。另可參照：臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號刑事判決、臺灣高等法院 106 年度上易字第 427 號刑事判決。

⁷⁷ 李茂生，前揭註 51，頁 98；王皇玉（2009a），〈刑法對隱私權的保障：以刑法第三一五條之一為中心〉，《台灣法學雜誌》，122 期，頁 38；王皇玉（2009b），〈汽車內活動是「非公開」活動嗎？〉，《月旦法學教室》，76 期，頁 15。

⁷⁸ 甘添貴（2019），《刑法各論（上）》，5 版，頁 182，三民；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 126。

共領域」，則應認為其具有默示放棄自身隱私之意思，就結論而言，亦是無法肯認公共領域中隱私權主張⁷⁹。從而，在新法增訂之前，他人對於在公開場合中的言論、談話、活動或身體部位所為的觀看、聆聽，甚至錄音、錄影或照相行為，也許是無理的冒犯行為，或侵害著作權或肖像權之違法行為，但在刑法上不能認為是侵犯被害人的隱私權⁸⁰。

相對的，亦有認為，並非所有發生在公共場所的活動皆非隱私，考量到現代科技發達，人人皆有手機可以攝影、傳播或散布，應該肯認即使在公共場所亦應提供個人隱私之保護，換言之，於公然狀態或於公共場所進行之活動，仍有認定為非公開活動的可能⁸¹。

參照前述釋字見解與司法實務，並考量到上述學說的脈絡都圍繞著第315條之1「非公開」要件之解釋，本文認為，公共場域是否仍有隱私權保障之必要，無法一概而論。在一併考量到新法規範的情況下，性活動或性器等身體隱私部位本身是否在公共場域，僅是其中一個判斷要素，但非絕對，在公共場域中仍有可能形塑出不受干擾的私領域，從而，即便在公共場域中，仍須視個案中具體攝影客體之狀態，來判斷是否有隱私權保障之必要。具體而言，即使在解釋第315條之1所謂的「非公開」，亦不必然意味著「只要處於公共場域，即屬公開」，而須進一步視個案中具體攝影客體是否處於（他人可任意探知之）公開狀態而定。換言之，即使身處公共場域，亦有可能透過紙箱、衣物或客觀遮蔽物來創造攝影客體非公開之性質，因而，從刑法第319條之1以下的規定來看，可以更細緻的認為，視具體的情況，於公共場域仍有隱私保護的必要性⁸²。

⁷⁹ 王皇玉（2009b），前揭註77，頁15。

⁸⁰ 王皇玉，前揭註78，頁126。

⁸¹ 蔡蕙芳（2010a），前揭註57，頁96；甘添貴，前揭註78，頁182。

⁸² 類似見解：薛智仁，前揭註72，頁127-128。

2. 公開的性影像(性活動或性器等身體隱私部位)是否應作為隱私加以保護

(1) 性影像是否應具備「非公開性」始受保護

首先,就我國新法第 319 條之 1 以下規定之性影像是否須具備「非公開性」,參照前述甲乙在住家窗邊的性活動案例,從刑法第 315 條之 1 第 2 款竊錄非公開活動罪來看,丙固然是竊錄他人活動,但該活動是否該當條文所要求的「非公開」活動,則有疑問。最高法院 101 年度台上字第 6343 號刑事判決就此,一方面正面肯認「私人於宅內之各項活動,通常觀念上本即具有合理的隱私期待,無論該室內活動有無關閉門、窗等以為遮蔽,或窗簾有無拉下,均不得作為是否屬於刑法第三百十五條之一所定『非公開之活動』之判斷依據,應屬無疑。」但就證物及勘驗結果認為,被害人縱無公開屋內活動之意願,「但因其自行將原可遮蔽屋內活動之窗簾拉開一半……致窗戶中間形成略似菱形之大片空隙,而顯示特意去除窗戶、窗簾之遮蔽效果,復有隨即將臉部、手臂斜探出窗外或向外探視之接連舉動,則客觀上是否仍得認係純屬個人於住宅內之隱私活動,並具有足以使一般人均能藉以確認其二人主觀上對於上述活動為有隱密性期待,即均非無疑。」最高法院肯認原判決基於上述理由,認定上開照片顯示被害人之私人活動,不符合刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 所定之「非公開活動」。

復參照原審判決即臺灣高等法院 100 年度上更(一)字第 269 號刑事判決,就「非公開」活動,更一審法院認為刑法第 315 條之 1 第 2 款「所稱『非公開之活動』,係指活動者主觀上具有隱密進行其活動而不欲公開之期待或意願(即主觀之隱密性期待),且在客觀上已利用相當環境或採取適當設備,足資確保其活動之隱密性者(即客觀之隱密性環境)而言(……)」。就上述妨害秘密罪旨在保護人民祕密通訊自由及隱私權之觀點而言,此項『非公開之活動』之認定,固應著重於活動者主觀上具有不欲其活動遭他人攝錄之意願或期待;但活動者主觀意願如何,外人不易確知,且該項意願未必恆定不變,若單憑活動者主觀上是否具有不公開之意願,作為認定上述犯罪構成要件(即『非公開活動』)之唯一標準,難謂與罪刑法定及法律明確

性原則無違。故仍須活動者在客觀上已利用相當環境或採取適當設備，足資確保其活動之隱密性，始能明確化上述構成要件之內容；不能僅以活動者主觀上對其活動有無公開之意願，作為上述罪名所稱『非公開活動』之唯一內涵。」

基此，應可推知，即使上述案例之甲乙所為的活動是性行為，仍可能會因為甲乙之活動並未透過適當措施來確保其客觀之隱密性環境，因而應不構成「非公開活動」，無法作為隱私加以保護，從而，丙之行為不會成立刑法第 315 條之 1 第 2 款竊錄非公開活動罪。然而，刑法第 319 條之 1 第 1 項之規制針對性影像並未有「非公開」之規定，從而，似乎只要是滿足了第 10 條第 8 項的影像內容，丙未得同意無故攝錄，即成立本罪。問題在於，新法之後，性影像是否必然是性隱私而應受到保護，若此，是否所有的性影像、性隱私皆必然受到刑法的保護，即成疑問。

刑法第 10 條第 8 項立法理由僅謂要明確規範性影像之定義，但除此之外並未有更進一步的說明，第 319 條之 1 第 1 項未得同意攝錄性影像罪立法理由則說明「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私。」從而可知，第 319 條之 1 第 1 項所欲保護的是個人隱私中最核心的部分，亦即性隱私。然而，實務見解於解釋上要求「非公開活動」須具備「主觀之隱密性期待」與「客觀之隱密性環境」，事實上亦係參照第 315 條之 1 第 2 款之立法目的保護個人隱私而來，並藉此明確化並限定「非公開活動」之認定，這樣的解釋論於第 319 條之 1 第 1 項亦值參考。

問題是，是否因為性影像所彰顯的性隱私是個人生活私密領域最核心，因而應做不同之解釋，進而應認為，對於隱私的核心領域性隱私的保護，應該給予更高度的保護，亦即，只要是性隱私，即使是在公共場域公開為之，皆不得任意攝錄？則須進一步釐清。

就此，本文認為，第一，刑法本即未一律就性隱私皆加以保護，此從刑法第 315 條之 1 第 1 款就窺視身體隱私部位僅處罰利用工具或設備為之的情形，即可確認。第二，第 315 條之 1 第 1 款、第 2 款規定本即涵蓋非公開

之性行為等刑法第 10 條第 8 項所規定之行為、活動或部位，但該條對於隱私之保護重點在於「非公開」要件，而不在於是否具備「性的關聯」，因而可知，過去刑法並未特別針對具備「性的關聯」的行為、活動或部位而給予更高度或全面性的保護。第三，如果本次新增第 319 條之 1 以下條文時，立法者有意對於公開或非公開之性影像一律給予保護，則應可考慮在第 315 條之 1 第 2 款、第 319 條之 1 第 1 項二者之中做文字上的修正或調整，來避免解釋上的衝突。

第四，性隱私包含於隱私範圍之中，惟向來刑法就隱私之保護須透過「合理的隱私期待」之認定來明確化，則於第 319 條之 1 第 1 項性影像此一行為客體的解釋上，亦應透過得以彰顯其作為隱私的要素，來適度明確化值得作為隱私來保護的性影像。

第五，於幾乎人人持有智慧型手機的現在，不論是紀念或存證，攝錄影像可能有各種不同目的，欲以刑法干預攝錄行為，須有充分的理由。於攝影對象公開地進行性活動或展示性器等身體隱私部位時，就此之攝錄是否應加以處罰，則應思考是否應限制攝錄者攝錄自由，來保障公開的性活動或性器等身體隱私部位，或應認為公開的性活動或公然展示性器等身體隱私部位即非屬隱私，攝錄者不成立犯罪。首先，完全未有客觀遮蔽者，有認定客觀上欠缺隱私利益之餘地。其次，公開的性活動或公然展示性器等身體隱私部位可能有刑法第 234 條公然猥褻罪的行為，但於私領域中為之，則無此問題。並且，如此類活動或展演者不欲被觀看或攝錄，則僅需移至私領域等物理性隔絕空間，即可保障自己之隱私，如欲於公共場域為之，則可推論有默示放棄自己隱私之保障，此種學說上觀點已如前述。再者，就攝錄方而言，則有諸多合法或非法評價可能，有可能在進行有關公然猥褻罪之蒐證，或對於裸體藝術加以收藏。相對於公共場域可能出現不特定或多數之攝錄者為攝錄行為的行動自由，要求攝影對象移至私領域進行等，由攝影對象對於自己法益進行自我隱匿之隱私保護措施，反倒係最為有效保護隱私之方式，並得以避免廣泛地限制一般人的行動自由。於公共場域一概禁止他人攝錄，有過度廣泛禁止的問題存在，可能壓抑正當的攝錄行為。其次，如就公開的性活動或

公然展示性器等身體隱私部位之攝錄認為有隱私保護之必要與可罰性，則由於完全欠缺判斷隱私存否的客觀標準，根本上係把成罪與否的關鍵繫諸於攝影對象之主觀，如後所述，此將等同於由被害人來決定犯罪之成立與否，有違法律明確性，並不適當。從而，不論是第 319 條之 1 未得同意攝錄與第 319 條之 2 強制攝錄，合理保護隱私的方式，並非一概禁止攝錄公開的性活動或性器等身體隱私部位之展示，而係透過攝影對象將性活動非公開化或隱藏性器等身體隱私部位來進行，並於「非公開性」受到侵害時加以處罰，始屬正當、平衡。因而，於公開的性活動或展示性器等身體隱私部位時，即使於攝影對象明示拒絕拍攝的情況，倘若攝錄方繼續強制攝錄，亦應無隱私侵害的問題，而至多成立強制罪等其他犯罪。

第六，從隱私的類型化與後述隱私侵害類型之議論來看，可以發現刑法就隱私之保護，不論是私領域之侵入或私事公開，著重的是物理性隔絕或遮蔽領域受到破壞或存在於特定關係之私人資訊受到洩漏，因而可知，受到保護的隱私唯有存在特定封閉領域或特定封閉關係中，始有必要將之作為保護對象。本文認為，即便是與個人核心人格利益密切相關之性影像，亦應如此認定，換言之，性影像應存在特定封閉領域或特定封閉關係，具備「非公開性」始為性隱私，並進而有保護必要性。

既然刑法第 319 條之 1 以下條文於解釋上均將隱私作為其保護法益，那麼，從保護法益觀點出發，如不具備「非公開性」，實難謂有法益的需保護性。從而，雖然具體而言應如何認定「非公開性」，仍應於各條中具體為之，但本文認為，性影像本身要作為刑法第 319 條之 1 以下之行為客體，仍應具備「非公開性」要件。基此可知，非處於非公開狀態下的性活動，此時所謂的勿視、勿攝錄，實則僅是一種道德要求。即使認為性影像裡有性隱私，也不應理所當然地將之當作刑法上應加以保護的隱私。

另外，從個人資料保護法第 6 條的但書規定，亦可得知，性生活等個人資料於當事人自行公開的情形，係被排除在該法第 6 條本文「不得蒐集、處理或利用」之外，由此來看，屬自行公開的性影像亦應不受刑法第 319 條之 1 以下規範之保護。

參考前述日本復仇式色情防止法有關行為客體之規定，第 2 條於條文中即明確規定性影像記錄須具備「私密性」，排除攝影對象對於第三人閱覽影像有認知的情況。檢視復仇式色情防止法之立法目的在於保護個人隱私、名譽，因而限定在會產生隱私或名譽侵害之客體，如果性影像之攝影對象或攝影本身即以任意之第三人有閱覽的可能性為前提，性影像本身即難以認為具備隱私利益而有作為行為客體受保護之必要，從而，規範上即限定只有具備「私密性」的性影像記錄，始有保護的必要性。此種立法例從立法理由出發，檢視行為客體中具有法益侵害可能性、法益需保護性的對象，進行規範上的限定，而非全面性、概括性的進行規制，從刑法的最後手段性、謙抑性的觀點來看，本文認為規範上進行這樣的限定是必要且正當的⁸³。我國的新法亦應參照上述主張，適度限縮。

綜合前述可知，性影像所牽涉之性活動或性相關部位本身，是否在公共場域，並非重點。是否作為隱私保護之對象，認定上，重點是攝影客體或攝影對象本身是否具備「非公開性」。

(2) 如何認定性影像之「非公開性」

至於性影像本身之「非公開性」要如何認定，以下先簡述日本法的界定方式，再進行理論的檢討。

如前所述，復仇式色情防止法就性影像之保護，限定在具備「私密性」之性影像記錄。就「私密性」之認定，主要是在判斷攝影對象對於第三人可能會閱覽該性影像一事是否已有認識並任意地承諾攝影，就此，採取主客觀綜合判斷，主觀面係就攝影對象之主觀供述而定，客觀面則可從影像本身、攝影經過、包含攝影時空等攝影現場之狀況等客觀情事來加以立證。因而透過攝影對象的承諾書、影像等皆可加以判斷。惟如於攝影對象是否自願性拍攝產生疑義時，如其是受脅迫而不得不承諾拍攝的情況，則無法認為是自願性拍攝，即不否定私密性要件，仍為保護之客體。同時亦應留意，「私密性」

⁸³ 日本「性的姿態攝影等處罰法」也對於行為客體進行了限縮，可參考該法第2條第1項。

的判斷，是以攝影時點為基準，因而，就攝影對象於攝影時點就公開加以承諾的情況，即會否定該影像之私密性，排除於復仇式色情防止法的保護範圍之外，不會成立第 3 條之各罪。即使事後撤回該承諾，該當影像不會因此回復具備「私密性」。反之，攝影時點並未承諾公開，但於性影像公開時，攝影對象表示同意，則雖無法否定性影像之「私密性」，但公開罪會因得被害人同意而阻卻犯罪之成立。

首先，就性影像之「非公開性」判斷，本文認為，亦應以攝錄時點為斷⁸⁴。應從該性影像拍攝時，作為影像內容之性活動或性器等身體隱私部位是否具備「非公開性」，或從該性影像本身是否已合法公開來加以判斷。因而，於第 319 條之 1 或第 319 條之 2 的判斷上，於攝錄行為時進行判斷，但於第 319 條之 3 第 2 項、第 3 項時，則係第 319 條之 1 或第 319 條之 2 之客體為斷。

其次，就作為影像內容之性活動或性器等身體隱私部位是否具備「非公開性」之認定，問題回到如同判斷刑法第 315 條之 1 第 2 款「非公開」一般，亦須說明應如何判斷。就此，大致上可分為主觀判斷、主客觀綜合判斷、客觀判斷 3 種見解。

較偏重主觀判斷之論者，在解釋「非公開性」時，認為「非公開」的解釋是依據當事人之主觀是否有意隱藏來判斷，唯有以外在阻隔或遮掩行為，將自己從眾人焦點下抽離開來，或在身體上隔離自己等行為表現出前述內在意義，才能被確認存在主觀隱私之期待，接下來也才可能討論是否具有合理性，而可被認可具有合理的隱私期待，最後也才能被認為是具有「非公開」性質。因而，「非公開」是當事人有意隱藏。而其相對立之「公開」概念則是有意暴露，有意暴露者則不受隱私保護。但除非是以明確行為表示，例如，開窗戶之大聲喧嘩是有意將自己言論暴露於眾，否則不宜推論有意暴露。至

⁸⁴ 特別是著重攝影對象之主觀意思來加以判斷之見解，似尤應以攝錄時點為準，以避免性影像之「非公開性」存否受到攝影對象浮動而不明確之心意而有所變動，進而影響是否成罪。一旦攝影完成，性影像之「非公開性」性質亦隨之確定下來。藉此，始能明確認定法益之存否，符合明確性之要求。

於當事人在沒有阻隔或遮掩行為下從事公共活動時，雖無法認定為有意隱藏，但於判斷是否屬於「公開」時，則應依該活動之性質而定。如於沒有阻隔或遮掩行為之下從事公共活動，如一般社交活動，應可適用有意隱藏原則，基於當事人沒有以外在行為顯示有意隱藏為理由，而認定該活動屬於「公開」。然而，在某些特殊情形下，當事人違反生活上之慣例而將自己暴露於公眾之前，由於是將原本屬於私領域之私人活動移往公共領域，此時「非公開」之判斷應改採無意暴露原則。例如，流浪漢睡在公園，雖在他人一目了然的範圍內，但通常這類活動是個人在住家內之活動，當本人因各種因素而不得已於公園睡覺時，應推論並無意暴露於眾。在此情形，對自己身體與周圍空間亦應有合理的隱私期待⁸⁵。

在保護私人隱私權的前提下，主張應主客觀綜合判斷者，如我國實務基本上在認定「合理隱私期待」時，會考量攝影對象之主觀隱密性期待與客觀隱密性環境⁸⁶。學說上多數肯認實務見解，亦採取主客觀綜合判斷「合理隱私期待」。如有論者認為，就隱私之保護，判斷上的重點在於攝影對象之意思。是否為「非公開」，取決於是否參與者的範圍是個別確定的，攝影對象是否保留了閱覽影像之對象範圍之控制，著重在活動的封閉性、是否對第三人開放。但攝影對象主觀的保密希望，仍應配合外在客觀條件來加以認定，如第三人可以輕易地閱覽或聽聞或處於公眾得以共見共聞之狀態，則難以認

⁸⁵ 蔡蕙芳（2010b），前揭註57，頁35-38。

⁸⁶ 如最高法院101年度台上字第6343號刑事判決。

為具備秘密之性質⁸⁷。因而，判斷上不應忽視攝影對象主觀的意向，但仍必須配合客觀情況⁸⁸。

學說上主張應客觀判斷者，係先檢討以主觀說或主客觀綜合判斷之見解之妥當性。論者認為，首先，主觀隱私期待在認定上往往取決於隱私權人的個人意思，這種內在意思往往浮動且不穩定，也常缺乏外在指標可供判斷，以之作為定性隱私法益最基礎的出發點，法益界定範圍恐陷入非常不明確的困擾。其次，能夠被當作法益來保護的利益內容，必須有其足供辨識的客觀外觀，主觀期待過度仰賴隱私權人的個人意思，並不適合作為判斷隱私法益的初階指標，因而主張認為判斷個案是否有不公開的隱私利益存在時，無須考量該利益持有人的個人意思，客觀視角才是定性合理隱私期待的關鍵⁸⁹。論者進一步認為，能夠納入刑法保護的法益必須具有客觀上可資觀察的合理性，是否屬於「不公開」，應優先觀察有無足以依據社會共同接受的客觀指標，而這些客觀指標綜合審視後，可承認其屬值得納為社會理性成員共同承認的合理保護對象，才能構成「不公開」⁹⁰。

⁸⁷ 蔡聖偉（2001），〈妨害秘密罪章的新紀元（下）〉，《月旦法學雜誌》，71期，頁97；蔡聖偉（2018），〈再論私裝GPS跟監與「竊錄非公開活動」：評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，76期，頁32。另可參照：蔡聖偉（2008），《刑法問題研究（一）》，頁281-284。同樣採取主客觀綜合判斷者，如：陳子平（2022），《刑法各論（上）》，5版，頁399；王皇玉（2009b），前揭註77，頁15；黃惠婷（2019），〈由實務見解探討刑法第三百十五條之一妨害秘密罪〉，《軍法專刊》，65卷3期，頁27；蕭宏宜（2015），〈看得到聽不到：不法竊錄罪與違法監聽罪〉，《台灣法學雜誌》，266期，頁96-97。

⁸⁸ 蔡聖偉（2018），前揭註87，頁32-33。

⁸⁹ 許恒達，前揭註62，頁64-65。

⁹⁰ 許恒達，前揭註62，頁65。另可參照：許恒達（2010），〈通訊隱私與刑法規制：論「通訊保障及監察法」的刑事責任〉，《東吳法律學報》，21卷3期，頁118-119。採取客觀判斷的見解，尚有：林山田（2005），《刑法各罪論（上）》，5版，頁280，此說雖有提及攝影對象對於活動公開與否之主觀認定，但從文脈來看，似係以「客觀隱秘性條件之保持」為「非公開」的判斷標準；許澤天，前揭註2，頁308，則係以客觀上是否有阻絕他人觀看或聽聞的相當措施或空間設備，無須探究行為人主觀上是否有私密的期待。另亦有將非公開解釋為非公然，請參見：甘添貴，前揭註78，頁182。

不過，論者亦指出，公開與否並非絕對，判斷上必須從社會承認的合理隱私標準判斷，重點應在於行為人的侵害方式或行為手段、被害人是否採取有效之隱匿措施，同時考量侵害時間與空間範圍綜合認定⁹¹。

對於純客觀認定的立場，學說上則有批評，認為此種作法難以符合隱私保護之初衷，脫離了隱私保護當事人內心不欲人知之意思，而且脫離當事人主觀意向的解釋，全憑客觀情狀認定，在個案中可能會導致怪異的結論，像是讓一些非關個人私密，但客觀上已採取合理之物理性隔絕的情形也會被評價為非公開⁹²。

惟如前所述，對於刑法上各個法益，被害人可能都有保護法益不受侵害之意思，但通常係以被害者同意之阻卻違法事由來反面排除犯罪之成立。然而，客觀上是否存在刑法上值得保護之利益，如依當事人主觀來認定，主觀想法因人而異且有變動的可能，將導致法益存否界定不明確，亦將犯罪成立與否繫諸於被害人主觀意思，前述客觀說對於主觀判斷之批評值得贊同。其次，從名譽保護主觀名譽（名譽感情）、外部名譽的爭論亦可發現，保護當事人某種內心狀態，未必是合理的⁹³。重點仍在於客觀上的隱私究竟有無受到侵害。再者，依憑客觀情狀認定隱私，在個案中確實可能會導致一些非關個人私密，但客觀上已採取合理之物理性隔絕的情形也會被評價為非公開。然而，透過物理性的隔絕措施來彰顯隱私，透過侵入或破壞客觀的物理性隔絕措施來突顯隱私受到侵害，並無不合理之處；與隱私具有類似性的秘密，在第 315 條的認定上亦是透過物理性隔絕來評價是否為秘密，至於封緘內的資訊是否真的是秘密，並非所問。因而可知，如此之見解並無不妥。

經由上述檢討，本文認為，應客觀認定攝影客體是否具備「非公開性」。「非公開性」之認定可能存在於客觀物理性隔絕環境或遮蔽措施，亦可能存

⁹¹ 許恒達，前揭註62，頁65-66。

⁹² 蔡聖偉（2018），前揭註87，頁32-33。

⁹³ 可參見：臺灣高等法院103年度上易字第2447號刑事判決。

在特定信賴關係⁹⁴。但透過禮貌等單純的社會或道德規範所建構的勿視、勿傳，將導致違法性界定上的不明確，即不應作為認定之基準。

就各罪中的性影像而言，「非公開性」之認定，除符合第 10 條第 8 項，尚須與各條要件一併判斷。就第 319 條之 1 未得同意竊錄性影像而言，「非公開性」之認定，如係在自宅或飯店房間等私領域，不論是複數人參與的性活動或拍攝他人的性器等身體隱私部位，從攝影地點非在公共場域，且係於封閉空間中，具有隔絕他人聽聞之物理性環境，可認定為非公開。就如於公共處所或無相當遮蔽之處，則須視攝影對象是否適當遮蔽攝影客體（性活動或性器等身體隱私部位），若有，則仍可認定為非公開。

惟應留意第 319 條之 2 強制攝錄性影像罪之性影像「非公開性」的認定，縱然如拍攝地點是在公開處所或無相當遮蔽之處，而於攝影對象有以適當遮蔽攝影客體的情況下，如以衣物遮蔽下體，除了遮蔽本身彰顯了「非公開性」，同時，亦應認為行為人之強制行為即係對於「非公開性」加以破壞，彰顯被害人隱私利益之存在，因而仍可肯認有隱私需受保護。

較有疑問者為第 319 條之 3 之性影像。本條第 2 項、第 3 項之規範方式類似於第 315 條之 2 第 3 項，係於違法竊錄後，就違法竊錄所得之影像進一步加以散布之後行為處罰規定，如後所述，處罰之正當性較無問題。同時，由於散布之物本係違法取得之物，且因散布有可能有進一步侵害擴大的問題，因而亦不應認為攝影對象之隱私法益已因第 319 條之 1、第 319 條之 2 違法攝錄行為所侵害殆盡，而無後續論罪之必要性。

相較於同條第 2 項、第 3 項，第 319 條之 3 第 1 項主要處理的是合法取得、合意或同意攝錄性影像之後的未得同意散布行為，問題是合法取得、合意或同意攝錄之後，性影像可能落於攝錄者手中，合法持有的情況下，此時還可否認為性影像具備「非公開性」，進而認為攝錄者散布之行為係屬「非公開性」之破壞，則有疑問。如果不得不肯認此種行為的可罰性，則應明確

⁹⁴ 本文所主張之「非公開性」或第 315 條之 1 所要求的「非公開性」，與復仇式色情防止法之「私密性」皆係用以表彰隱私利益存在之行為客體的性質，因而可謂具有同樣機能，但具體判斷標準則於各學說與實務之間存在有不同主張的可能性。

化處罰之正當化基礎。本文認為，合意或同意攝錄之性影像「非公開性」之認定，應回到攝影時之客觀狀況而定。如攝影本身即係朝向公開攝影影像予任意第三人閱覽，即不具「非公開性」，採取類似但略不同於日本復仇式色情防止法就「私密性」的判斷。如性活動或性器等身體隱私部位本身僅侷限在場者現場觀看、參與（如複數人於飯店房間中的性活動），且該現場如構成封閉的環境，則仍應認定性影像具備「非公開性」。但如成人影片拍攝現場，攝錄本身即係為了後續的公開販售，因而，此類影片即不具備「非公開性」，縱使後續第三人未經同意無故重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽，也沒有隱私侵害的問題，僅須思考著作權之侵害。

二、行為態樣

（一）刑法對於隱私之保護方式

隱私權侵害可區分為 4 類，即（1）物理性隔絕領域之侵入、（2）私事公開、（3）引起公眾誤解、（4）盜用⁹⁵。參照刑法向來的規制型態即可知，刑法上的規制主要關注在私領域的侵入與私人秘密的保護，換言之，主要在於前二者，至於後二者則屬於妨害名譽或財產上利益之侵害⁹⁶。

學說上有認為，刑法就隱私之保護，可分為 2 類。其一為排除他人干擾的「獨處」利益，以空間物理性隔離或特定行動阻礙的方式，排除他人接觸與分享其所持有的特定資訊，刑法規制的重心在於禁止行為人以破壞隔離或排除阻礙的方法而侵害個人私密活動的隱密性。另一則為緊密關係的刑法保護架構，在資訊「多人共享」的前提，複數之資訊持有者，以訊息交換的形式相互交換意思內容，再將交換的訊息維持在緊密關係所形成的內部人際網

⁹⁵ 李茂生，前揭註 51，頁 96；蔡蕙芳（2010a），前揭註 57，頁 85；佐伯仁志（1984），〈プライバシーと名譽の保護（三）：主に刑法的観点から〉，《法学協会雜誌》，101 卷 9 号，頁 94。

⁹⁶ 李茂生，前揭註 51，頁 96、113 註 10；蔡蕙芳（2010a），前揭註 57，頁 86-89；佐伯仁志，前揭註 95，頁 94-98；佐伯仁志（1984），〈プライバシーと名譽の保護（四）：主に刑法的観点から〉，《法学協会雜誌》，101 卷 11 号，頁 62-82。

絡內，刑法規制的重心則在於破壞原有的「緊密關係」，致令無關第三人知悉原應封鎖於緊密關係內部的訊息⁹⁷。

從上開論述應可察覺，刑法對於隱私之保護方式，是透過對於「隱私刺探」與「隱私洩漏」2種型態來展開規制。「隱私刺探」係指私領域之物理性侵入，行為係透過私領域物理隔絕措施的破壞，來侵害隱私。「隱私洩漏」則係指藉由將隱私洩漏於特定關係以外之人的方式，來侵害隱私。因此，以下以此二分類結合前述類型化之行為態樣，檢討刑法對於隱私之規制方式。

以「非公開性」作為隱私權保護之核心，採取「非公開性保護架構」時，隱私權保護的基本犯罪類型為第319條之1及第319條之2，第319條之3第2項、第3項則為其後階段行為。不過，在此一架構思考下，由於第319條之3第1項散布的是合意（或經同意取得之）性影像，並未存在上述架構，要如何解釋第319條之3第1項，即有困難。

首先，就第319條之1及第319條之2竊錄或強制攝錄行為，參酌前述對於性影像應具有「非公開性」的要求，竊錄或強制攝錄行為屬於隱私刺探類型，較無疑義。性影像之內容於非公開狀態下，未經同意或強制攝錄，破壞私領域隔絕或遮蔽措施來侵害隱私。

其次，第319條之3第2項、第3項散布行為，從保護法益的觀點，應將之定位為第319條之1及第319條之2的後階段行為，而非隱私洩漏類型。其理由在於，從侵害隱私的角度來看，第319條之3第2項、第3項所涉及之隱私已經透過第319條之1及第319條之2攝錄行為受到侵害，第319條之3第2項、第3項則是對於同一影像進一步透過散布行為加深侵害。隱私洩漏類型原則上處罰的是合法持有隱私者之散布行為，且違反保密義務，而第319條之3第2項、第3項散布行為是由來於第319條之1及

⁹⁷ 許恒達（2009a），〈論違法通訊監察之刑事責任〉，《台灣法學雜誌》，122期，頁41；許恒達（2009b），〈論違法通訊監察罪之行為主體：法益取向的解釋觀點〉，《月旦法學雜誌》，169期，頁179-180。亦可參照：蔡蕙芳（2010b），前揭註57，頁43、49，所為「控制接近、觀察、關注之隱私保護構成要件」、「控制揭露、公開之隱私保護構成要件」之區分。

第 319 條之 2 的後續行為，因此，將第 319 條之 3 第 2 項、第 3 項定位刺探類型的延續，應係較為適當的理解。

再者，即是較為困難的第 319 條之 3 第 1 項的定位問題。從本條項之行為態樣，應將之理解為「隱私洩漏」類型。此一類型主要透過將表彰隱私之訊息維持在特定緊密關係之人際網絡內，來保障隱私，處罰使該訊息逸脫於該緊密關係之外的行為⁹⁸。

刑法對於洩漏行為之處罰，主要針對的其實是洩漏秘密。參考個人法益中洩漏秘密罪之規定，如第 316 條至第 318 條之 1 之規定，可以發現洩漏行為之規制，有 2 項特性，第一，通常有對於行為主體之限制，如規定為身分犯，或規定洩漏因業務、職務而知悉或持有他人秘密，亦因此，第二，行為主體通常是合法取得資訊，從而，對於資訊之保護，只能藉由取得之後的行為態樣來加以定型化，透過取得後之保密義務來保護法益，建構違法行為類型。

由此觀點來看，現行法第 319 條之 3 第 1 項並未有行為主體之限制，對於行為客體本身亦僅要求只要是性影像即可。從而，如將成人影片盜拷轉賣或上傳供人下載的行為，或廟會酬神脫衣舞之攝錄裸體性影像的散布行為，或性交行為或性愛派對合意攝錄性影像之散布行為，皆會該當本條項。但如此一來，處罰範圍極有可能大幅擴張。

為了避免此一問題，將行為客體限定在非公開之性影像，可以合理的限縮處罰範圍，可將成人影片盜拷轉賣或上傳供人下載的行為、廟會酬神脫衣舞之攝錄裸體性影像的散布行為排除於處罰範圍之外。因而問題只剩下性交行為或性愛派對合意攝錄性影像之散布行為規制是否妥當。此種情況，由於性影像的持有者係合法取得或持有性影像，對於性影像有所有權，且就該影像之繼續持有本身，並不違法，亦無刪除或棄置之義務，就該性影像為散布等行為，何以得作為違法行為加以處罰，這是否僅是一種違反道德行為，非無疑義。就此，洩漏秘密的議論有參考的價值。

⁹⁸ 許恒達（2009a），前揭註97，頁41；許恒達（2009b），前揭註97，頁179-180。

由於秘密探知行為之處罰較易形塑構成要件行為態樣，來滿足犯罪定型化的要求，相對的，洩漏秘密的規制方式，在構成要件的設定上即必須考量如何限定秘密範疇、行為主體範圍等問題。

首先，個人秘密何其多，就如何認定秘密，在什麼情況下，資訊可以作為秘密而受到刑法的保護。學說上一般認為，必須要綜合事實要素與規範要素來一併理解。前者是限定於一定範圍的人之間才知悉的非公開性，後者則是該當秘密主體就該秘密之保持，具有客觀上值得刑法加以保護的利益，此即秘密利益⁹⁹。其次，秘密範疇的限定方式，仍須透過界定行為人的身分地位的方式來進行，讓行為主體不至於大幅擴張到一般人，同時，以獲取資訊後的洩漏行為來定型化行為態樣，在個案上則需進一步針對秘密之認定加以限縮¹⁰⁰。刑法第 316 條即採取此一規範方式，透過具備一定身分或關係之人保密義務的設定來保護秘密。

此種規範方式處理的多半是秘密主體為求自保，必須提供資訊給一定之對象，進而獲得醫療、法律、宗教等服務的情況。秘密主體為了滿足生活上的需求、需要專家的建言，因而不得不提供自己的秘密，但揭露之後，又難以自己保護隱私，欠缺了選擇可能性。因此，刑法即就此提供保護，限定於特定種類的職務，以刑法來保護在這些情況下所開示的秘密，課予一定業務之人保密義務¹⁰¹。從刑法謙抑性的觀點來看，是妥當的規範方式¹⁰²。

從此種規範方式可以看得出來，刑法上就保密義務具有一項特徵，於秘密主體與專家之間，必須存在一定的信賴關係，而此項信賴關係則是作為社會制度建構下的必要之物，而不單純僅是私人間的信賴¹⁰³。詳言之，處罰的前提是此種人際間的信賴關係必須是作為一個社會關係而存在的狀態，而非

⁹⁹ 園田寿，前揭註60，頁394；李茂生，前揭註51，頁96-97。

¹⁰⁰ 園田寿，前揭註60，頁403-408；李茂生，前揭註51，頁96-97。

¹⁰¹ 園田寿，前揭註60，頁403-408；李茂生，前揭註51，頁93-94、96-98；佐伯仁志（2006），〈刑法による情報の保護〉，宇賀克也・長谷部恭男（等編），《法システムIII：情報法》，改訂版，頁196，放送大学教育振興会。

¹⁰² 佐伯仁志，前揭註101，頁196。

¹⁰³ 公務員的保密義務則與此不同，請參照：園田寿，前揭註60，頁406。

單純私人間的信賴關係。個案中會因為洩漏秘密，使得一般人對於醫師、律師等專家的社會信賴崩毀，進而導致醫療制度、辯護制度等社會制度可能無法有效發揮機能，因此，一方面為了使個人得以透過專業職業技術獲得生活上的幫助，另一方面則為了使個人能安心求助，免於因為擔心秘密流傳出去，而不積極求援。因而對於一定的專家規定保密義務，藉以限制個人秘密的流通範圍。因此，規範之設計主要是圍繞著秘密主體的利害關係來加以思考¹⁰⁴。從而可知，秘密是存在於基於社會制度與信賴且為了保障秘密主體之封閉關係之中。

由此來看，洩漏隱私之處罰，係將表彰隱私之訊息維持在特定緊密關係之人際網絡內，來保障隱私，處罰使該訊息逸脫於該緊密關係之外的行為，但第 319 條之 3 第 1 項對於該「緊密關係」則似乎並未如刑法第 316 條有行為主體之限制，亦未透過社會制度與信賴建構出保密義務，並以保密義務的違反來凸顯洩漏行為之法益侵害性，以致於是一般犯的犯罪類型。然而，資訊本身很重要，仍不足以正當化行為人有保密義務，於性交行為或性愛派對合意攝錄性影像之散布行為，通常難以認為持有影像之行為人與攝影對象本身具有何種基於專業而來的信賴，似乎難以認為有保密義務。

不過，現今資訊化社會中，揭露自己資訊的機會漸多，對於洩漏秘密行為主體的限制，曾有是否應該增加或增設概括規定的議論。如日本法上亦有類似於我國刑法第 316 條之秘密洩漏罪之規定，日本法制審議會於 1974 年曾有提案，就日本改正刑法草案第 317 條第 1 項，修正擴大行為主體為「醫療業務、法律業務、會計業務或其他從事基於信賴關係而知悉他人秘密之業務者或其輔助者，或立於此種地位者」，比起現行日本刑法，大幅擴張了處罰範圍¹⁰⁵。

然而，改正刑法草案之規範方式，將行為主體一般性地規定為「從事基於信賴關係而知悉他人秘密之業務者」，存在諸多疑問。應先確認的是，即使要透過刑法來保護秘密，仍不應全面性、廣泛地保護所有秘密，因此，透

¹⁰⁴ 園田寿，前揭註 60，頁 406-407。

¹⁰⁵ 佐伯仁志，前揭註 101，頁 196。

過一定的方式加以限縮，有其必要。從而，秘密洩漏罪所保護的是秘密主體之秘密，而非業務上義務違反，前述所謂社會制度之下的信賴關係，即應發揮一定的限定機能，就業務範圍應明確地加以類型化，來遮蔽個人秘密的外流。因此，就行為主體範圍不加以類型化的概括規範方式，並不適當，亦將使得主體範圍有不明確的問題，不僅可能有違罪刑明確性，連帶地，處罰也過於廣泛，從而，一般認為，此種規範方式並不適當¹⁰⁶。

回到第 319 條之 3 第 1 項中合意或同意攝錄性影像之洩漏，是否也應該歸納為隱私洩漏的一種刑法規制類型？若是，則第 319 條之 3 第 1 項並未有任何行為主體之限定，是否適當？

前述學說上就隱私的保護態樣，其中一類即為於緊密關係中資訊持有者，使無關第三人知悉原應封鎖於緊密關係內部之訊息，學說上亦認為此種緊密關係通常是基於業務、法令、契約或公務而形成，因此，隱私侵害是特殊身分者透過緊密關係之破壞所為的洩漏行為，而不在於物理性隔絕措施之破壞¹⁰⁷。然而，如欲認為第 319 條之 3 第 1 項也是這種緊密關係的破除，則會發現，一般合意或同意攝錄性影像本身，僅存在一般的人際關係，並不存在第 316 條或學說上要求的這種特定緊密關係，而隱私主體（攝影對象）亦無不得不揭露隱私來尋求解方的問題。如果無法透過行為人範圍之限定來限縮犯罪成立的範圍，將導致成罪範圍廣泛擴張到一般人。

就此，本文認為，隱私與秘密相似，但隱私的範圍尚在成長中且極為不明確。雖然合意性影像通常確實是在一定範圍內之人才能知悉，具備非公開性，一般而言，對於隱私主體，性隱私亦值得透過刑法來加以保護，具有隱私利益，但正如一般人洩漏他人秘密，並未受到第 316 條等規範之處罰，即可知一般人際關係中，即使知悉他人秘密或隱私，亦不因而產生保密義務，仍須行為人具備一定之身分關係，具備基於社會制度與信賴且為了保障秘密

¹⁰⁶ 國田壽，前揭註60，頁403-408；李茂生，前揭註51，頁97-98；佐伯仁志，前揭註101，頁196，認為：秘密洩漏罪的規定，有必要針對個別主體於職務上所處理之秘密，個別檢討其是否有刑法保護之必要性，而不應一概而論。

¹⁰⁷ 許恒達（2009b），前揭註97，頁179-180。

主體之封閉關係，始能正當化刑罰之規定，由此來看，第 319 條之 3 第 1 項並未就行為人或規制範疇設有任何限定，可能造成處罰過廣，而有不妥。

然而，一方面第 319 條之 3 第 1 項難以解釋為隱私之探知類型，另一方面，亦不得不正視對於復仇式色情的處罰需求，進而在思考第 319 條之 3 第 1 項客體如何形成時，則似仍有建構第 319 條之 3 第 1 項限縮處罰的可能性。詳言之，如前所述，第 319 條之 3 第 1 項的重要性在於對於合意或同意攝錄之性影像加以保護，而作為值得刑法加以保護之第 319 條之 3 第 1 項客體，該合意攝錄或同意交付等合法取得之性影像必然應該具備「非公開性」。而此種「非公開性」通常係由（性影像攝錄之參與者所合意建構之）客觀物理性隔絕環境或遮蔽措施來形塑而成，因此，取得合意或同意攝錄之性影像者雖然並未與攝影對象具備任何基於社會制度與信賴且為了保障隱私主體之封閉關係，但其洩漏行為等於是破壞了性影像攝錄時之物理性封閉環境，等同於將原本「非公開」之物理性隔絕領域加以破除、使其無效化，並藉此將攝影對象之性隱私加以公開，因而仍可藉此論述行為之可罰性。其中，不法內涵不僅在於隱私之侵害，亦在於參與者基於合意所建構之客觀物理性封閉環境之破壞，因此，行為人應以性影像攝錄之參與者為限。藉此，盡可能限縮第 319 條之 3 第 1 項之成罪範圍，避免其不當的擴張處罰。

基此，第 319 條之 3 第 1 項應限縮於以下 2 種態樣。第一，行為人與攝影對象具備一定之信賴關係，且該信賴關係是來自於行為人就其身分於社會制度之下的產物，行為人就其業務所持有之性影像具有保密義務。如醫師就醫美手術前後所攝錄之乳房影像，不得無故洩露。第二，如不具備前述特定緊密關係，則洩漏行為須彰顯（性影像攝錄時之）客觀物理性隔絕環境或遮蔽措施的破壞，透過建構客觀物理性隔絕環境或遮蔽措施以排除在場以外之人的刺知，來正當化行為人之保密義務。

（二）刑法對於性影像之保護：從法益保護觀點來審視攝錄與散布行為之規制

相較於我國新法處理了攝錄與散布 2 種行為態樣，復仇式色情防止法規範的主要行為態樣在於向不特定人或多數人之提供行為，即使是向特定少數人提供行為之處罰，亦規範了使他人為公開行為之目的，因而可知，日本立法上相當重視行為必須具有「向不特定人或多數人為之」之面向。相較於此，我國法除了攝錄的部分，就散布則是規範了複數行為態樣¹⁰⁸。

以下，跳過前述對於隱私侵害的 2 個分類，基於法益保護、刑法最後手段性、謙抑性的觀點，以實體法構成要件的處罰態樣為檢討對象，來審視刑法攝錄與散布行為之規制。

1. 攝錄行為

傳統上秘密受到探知，與現今透過工具或設備攝錄所為的探知，實有不同。前者在於秘密對於他人而言，由「不知」轉為「知」或秘密的非公開性受到破壞，但現今透過工具或設備攝錄所為的隱私探知，除了第 315 條之 1 第 1 款以外，事實上重點已不在於他人由「不知」轉為「知」，而是在於隱私的非公開性受到破壞，並且透過攝錄，將使隱私資訊固定化、檔案化而有廣泛流傳、擴大損害的可能性。從攝錄創造出隱私資訊附著其上的性影像，此一影像成為行為客體，而有進一步受侵害的可能性，由此來看，以攝錄作為行為態樣之一，並無不妥。但仍應留意，從法定刑的比較來看，立法者似乎是認為相較於因散布而造成之隱私侵害的程度，攝錄所造成之侵害仍屬較輕，因此，散布行為之處罰重於攝錄¹⁰⁹。

就第 319 條之 1 未得同意攝錄罪、第 319 條之 2 強制攝錄罪，前者等同於竊錄，後者則是將向來所未處理到的部分納入處罰範圍。惟立法者於第 319 條之 2 援用刑法第 221 條等處之規範方式，於原意在突顯意願被違反之強暴脅迫行為之外，又加上了「其他違反本人意願之方法」，無視於此一要

¹⁰⁸ 日本法就性影像之整體保護，另有進一步參考「性的姿態攝影等處罰法」之必要。

¹⁰⁹ 刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 第 3 項的法定刑設計亦是如此。

件於學說與實務上的爭議¹¹⁰，並不適當。詳言之，強暴脅迫等行為態樣，透過硬性或軟性的行為壓抑被害人保護隱私的意思，已足以突顯法益侵害，「其他違反本人意願之方法」應解釋為強度較輕微之強制方式。未得同意攝錄則是繞過被害人意思，直接突破客觀隱密環境或遮蔽措施，取得或探知被害人隱私。

此外，亦應留意，於被害人有著衣或透過衣物遮蔽之狀態，透過紅外線等攝影設備透視，攝錄衣物之下的性活動或性器等身體隱私部位，應可認為屬於違法攝錄性影像的一種態樣。至於應論以第 319 條之 1 或第 319 條之 2，則應視行為人是否有強暴脅迫違反意願之行為而定。

2. 第 319 條之 3 行為態樣作為侵害隱私之規制：評價重心應在於「隱私洩漏」

值得注意的是，在 1999 年修法之前，刑法對於秘密的保護方式並無「散布」類型。在過去，散布的行為態樣則是規定在如第 192 條違背預防傳染病法令罪、第 235 條散布猥褻物品、第 251 條妨害工商農交易罪、第 310 條誹謗罪、第 313 條妨害信用罪等罪。其中，保護法益有以不特定人為保護對象之社會法益，如為保護個人法益之罪，則是有關個人在社會上的名譽或信用之保護，因而要求將一定之資訊散布於不特定人或多數人，或至少須具備散布於眾之意圖。1999 年妨害秘密罪章的修法，就隱私／秘密保護，增加了散布之行為態樣，如第 315 條之 2 第 3 項，與新法第 319 條之 3 相參照，皆是針對前階段行為合法或非法所得之他人非公開影像、性影像所為之散布行為。

然而，首先，對於知悉或持有之他人隱私／秘密進一步加以散布，並不是只有具有錄音、錄影設備之後才會存在的行為。透過第 315 條妨害書信秘密行為而知悉之他人秘密，亦有可能進一步散布出去，但卻沒有任何規制散

¹¹⁰ 請參照：王皇玉（2013），〈強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心〉，《臺大法學論叢》，42卷2期，頁381-432；蔡聖偉（2016），〈論強制性交罪違反意願之方法〉，《中研院法學期刊》，18期，頁41-109。

布行為之條文存在¹¹¹。因此，何以於 1999 年修法之後，對於隱私侵害之行為態樣開始加入了「散布」類型，即有疑問。

就此，本文認為秘密的侵害除了處罰秘密的刺探與洩漏行為以外，拆開封緘窺視書信內容後，將內容告知他人，或因特定職務之人洩漏其於業務上知悉他人之秘密時，得之秘密者再告知他人，亦會有秘密受侵害，但立法者或許考慮到這僅是一種資訊的口耳相傳，秘密原本被傳遞出去的可能性不高，接收資訊的人或許亦僅是當八卦聽聽，因而只有在有毀損名譽的情況出現時，始有處罰必要性¹¹²。相較之下，從第 315 條之 1 以下、第 319 條之 1 以下之規定皆係因應科技發展而有可能將隱私資訊「原始檔案」快速複製、廣泛傳播而來，因此，在攝錄之後，立法者即認為針對「製造、重製」有處罰必要，進一步針對將導致損害難以回復的散布等洩漏行為，亦應加以處罰¹¹³。

其次，對於社會法益之罪，由於保護對象為社會中不特定或多數人之利益，因而行為態樣係以不特定人或多數人為對象之行為類型。以刑法第 235 條散布猥褻物品罪來看，「散布、播送或販賣……，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞」，皆係以對不特定人或多數人為對象或有擴散於眾的可能性之行為。也唯有行為具備此種特性，始有侵害法益的可能性。如行為僅對一人為之，如從刑法第 235 條來看，對於一人為交付之行為態樣，即未規定在內。至於侵害個人法益之罪中的第 310 條誹謗罪、第 313 條妨害信用罪，保護法益為個人於公領域中的社會名譽與信用，從而，就足以毀損他人名譽之事或流言，行為態樣即須具備影響社會名聲之可能性，因此，可以理解將「散布」作為構成要件行為。

¹¹¹ 同樣的提問或質疑，如李茂生，前揭註51，頁102。另可參考：許恒達（2009b），前揭註97，頁180。

¹¹² 書信秘密的進一步散布，在印刷術、影印機發展之後，或許得認為有透過第310條第2項加以因應。不過，這仍是以名譽毀損為主要保護法益，而非秘密之保護。

¹¹³ 不過，在對於電磁紀錄加以變更等不實影音影像資訊製作技術漸趨普及之時，影像之真實性如果經常有加以質疑的必要性，本文認為，隱私侵害類型之（2）製造、重製類型與（3）散布等洩漏類型的處罰必要性即無想像中要來得高。

然而，就本文之問題意識而言，則應回到保護法益來加以思考。從隱私之性質來看，隱私因遭刺探或因洩漏而公開，隱私即受侵害。於刺探類型，重點應該在於透過物理性隔絕措施之侵入或破壞，進而有隱私被公開之可能。於洩漏類型，重點應該在於保密義務或封閉關係受到破壞，因此，洩漏類型之處罰不應以對不特定人或多數人為要件，換言之，重點不在對於不特定或多數人之散布，而在向特定關係或封閉關係以外之人洩漏。因此，縱然只有交付另一個人，亦有隱私受到侵害，應成立洩漏類型之犯罪。從而，相較於攝錄作為隱私之刺探，特別是第 319 條之 3 散布則應屬隱私之洩漏，因此，本文認為第 319 條之 3 各個具體行為態樣，皆應以洩漏為解釋之出發點，始能確實且完整規制隱私之散布行為。

3. 重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽等行為態樣

以下簡要檢討第 319 條之 3 個別行為態樣。首先，就散布行為之認定，一般認為係散發分布，對於不特定人或多數人為無償之交付，將竊錄的內容置於網路上供不特定網友下載，即屬散布行為¹¹⁴。並且，不論是第 315 條之 1 與第 315 條之 2 之間，或第 319 條之 1 以下條文之間，皆有散布行為重於竊錄行為之現象。

就違法攝錄之後的散布而言，違法攝錄確實已經對於攝影對象之隱私造成侵害，從而，後續行為如何能針對已受損害的隱私再為侵害，則成為問題。此一問題在竊盜後如何能再就同一法益做財產上侵害，就贓物罪之解釋，亦有同樣問題。就合意或同意攝錄之後的散布而言，如於性影像本身有經過加密的情況，對於性影像要進行侵害，則須透過加密措施之破壞，換言之，即會形成是隱私刺探的侵害類型。然而，現今多半的手機使用者並不會對於性影像加密，從而於合意或同意攝錄的情形，由於行為人並不具備如刑法第 316 條所應具備的身分、保密義務，因而亦難以透過隱私的洩漏來加以處罰。

¹¹⁴ 許恒達（2012），〈高樓間與動畫中的隱私法益〉，《月旦法學教室》，121期，頁31；甘添貴，前揭註78，頁186。

也因此，合意攝錄性影像之散布行為，即會產生解釋上的困難，亦即，合法持有他人攝錄之性影像並加以散布，攝影對象即皆已向攝錄者開展其隱私，為什麼後續之散布行為應該加以處罰，即須加以解釋。如前所述，本文透過物理性隔絕措施之破壞、無效化，來建構此種情況之可罰性。

即使姑且不論合法攝錄之後的散布行為的可罰性爭議，一般性就散布行為之可罰性基礎之議論，參照刑法第 315 條之 2 之解釋，論者認為應在於擴大受損的隱私範圍，因而該條第 3 項才會緊密地扣住第 315 條之 1 之前階段犯罪，僅在竊錄成罪時，才另外成罪¹¹⁵。考量第 315 條之 2 散布之處罰是後階段罪名，而前罪第 315 條之 1 侵害客體又同時包括不具有言談意義的「身體部位」，如果不是原始檔的散布，造成隱私侵害的影響有限，不值得另外構成散布的後罪名，故其同時主張第 315 條之 2 散布內容應限定為「原始檔案」或「不變更原始檔既有屬性的重製」¹¹⁶。此外，論者亦認為，縱然行為人前階段竊錄行為侵害合理隱私期待，仍不代表散布行為必然成罪，散布檔案內容仍須有「合理秘密期待」，亦即，該內容須於散布之後，擴大原隱私者的損害，才可以另外受到保護¹¹⁷。

本文認為，在我國刑法保護隱私之規範中，散布行為類型的出現，某種程度似乎是要來應對科技發展之下，智慧型手機的發展，帶來攝錄、取得影像的便利性，與網際網路世界檔案、影像傳布之迅速性、廣泛性。相較以往，現今散布行為與過往相較，會導致影像散布廣泛，且難以徹底刪除。從而可知，雖然攝錄已侵害了攝影對象之隱私，但散布行為將更進一步加重法益侵害至難以回復之狀態，因此，相較於違法之攝錄行為，後續散布行為之加重處罰仍非無正當化之餘地。並且，攝錄影像係將活生生的影像檔案化、固定化，將原僅能口耳相傳、真假難辨之事件，某種程度客觀化為可反覆重現的影像，進而不同於現場走光、被窺視，影像的攝錄與流傳可能造成隱私更大的侵害。

¹¹⁵ 許恒達，前揭註114，頁31。

¹¹⁶ 許恒達，前揭註114，頁31-32。

¹¹⁷ 許恒達，前揭註114，頁31-32。

此外，實務見解針對同樣保護隱私之第 315 條之 2 第 3 項或如舊兒童及少年性交易防制條例（下稱「舊兒少法」）第 29 條之散布行為，多援引最高法院 84 年度台上字第 6294 號刑事判決對於刑法第 235 條第 1 項散布行為之解釋，認為係指散發分布於眾，其行為態樣包括一次擴散傳布於不特定人、多數人以及一次傳布於一人但有反覆多次，使其擴散於眾等¹¹⁸。從而有判決認為，如僅傳予一人，並未散布於眾、使不特定人或特定多數人得以見聞，即不該當散布，因而無法成立第 315 條之 2 第 3 項之罪¹¹⁹。姑且先不論舊兒少法部分，就保護隱私之第 315 條之 2 第 3 項與第 319 條之 3 所稱之散布，是否亦應採取同於第 235 條之解釋，存在疑問。

參照前述復仇式色情防止法第 3 條第 1 項、第 2 項之公開罪，係以對於「不特定或多數人」提供為要件，並指出立法意旨在防止透過網路造成私密性影像記錄廣泛流通之行為，導致攝影對象的性的隱私產生重大且回復困難之損害，因而如果僅提供給「特定且少數人」則不在公開罪的處罰範圍之內¹²⁰。由此來看，我國法就散布之規制，可謂發揮了相同之機能。

惟本文認為，隱私的侵害不應著重於對於不特定或多數人的傳布，而應該在於透過探知或洩漏行為而導致「非公開」狀態受到破壞、隱私侵害難以回復，因此，即使僅將性影像交付或傳送予一人，亦由於性影像之攝錄者或原持有者已無法控制該影像公開與否之狀態，就此，應可認為交付或傳送予一人之行為已有進而廣泛傳播流通的可能性與危險性，將導致攝影對象之性的隱私產生重大且難以回復之被害，因而仍應肯認有隱私之侵害，於此不應援引於第 235 條對於散布行為之解釋¹²¹。基於保護法益的觀點，就洩露隱私

¹¹⁸ 如臺灣高等法院臺中分院 111 年度上訴字第 99 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 111 年度上訴字第 643 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 110 年度上訴字第 2134 號刑事判決。

¹¹⁹ 如臺灣高等法院臺中分院 111 年度原上訴字第 61 號刑事判決、臺灣高等法院 111 年度上訴字第 1799 號刑事判決。

¹²⁰ 平沢勝栄・三原じゅん子・山下貴司編著，前掲註 16，72 頁。

¹²¹ 從法益的思考上，如認為向不特定或多數人提供性影像，始有隱私侵害的問題，則在對比之下，有可能反過來認為本文所主張的觀點有處罰前置化的問題，換言之，在隱私尚未公開於眾時、僅有公開於眾的危險性時，本文即認為有處罰之必

類型之行為態樣，對象應將對一人或多人、特定或不特定人皆包含在內。從而，針對第 315 條之 2 散布之解釋，應與刑法第 235 條第 1 項之解釋相區別，以洩漏來解釋保護隱私之規範中所謂的散布。針對第 319 條之 3 散布部分，則參照同條尚有「交付」類型可處理洩漏予一人的情況，以提供不特定人或多數人來解釋「散布」，並不會造成保護漏洞，因而保護範圍較無疑問¹²²。

其次，就播送、公然陳列，或以他法供人觀覽之行為態樣，亦皆著重於使不特定或多數人得以觀賞、見聞。然而，從刑法第 235 條社會法益之侵害來看，此種解釋或有道理，但第 319 條之 3 重在隱私之侵害，因而在判斷上，仍應將重點置於隱私之洩漏。從而，解釋上應如同刑法第 316 條以下洩漏之規定，即使僅交付一人，亦應成立犯罪¹²³。

最後應提及者為重製行為。本條之重製類似於第 315 條之 2 第 3 項製造行為。立法理由說明，「行為人雖未為散布、播送或公然陳列之行為，然一有未經他人同意而重製、交付其性影像者，該性影像將有流傳之可能，侵害之程度應與散布、播送或公然陳列行為等同視之，故納入本條之犯罪行為

要，是一種處罰的提前。不過，事實上從日本法上如何判斷「提供」行為既遂之討論中，應可察覺，事實上隱私侵害之既遂判斷往往並不以「被害人隱私已受公眾知悉」為要件，而是只要將性影像寄出，即使在此階段僅存在「被害人隱私受公眾知悉之危險時」，仍已成罪。因此，於此認為本文見解應無處罰前置化的問題。

亦應留意，復仇式色情防止法第3條第3項係處罰以使他人為前2項行為之目的，所為性影像紀錄或記錄物之提供行為。本項即未限定提供對象須「不特定或多數人」，但為了避免不當處罰，因而加上主觀目的來限縮。但從其處罰理由來看，亦不否認「提供給特定少數人」仍有評價為為危險性較高的可能性，就此則與本文的想法相同。

¹²² 就此，於解釋上將「散布」包含交付一人的情況，亦即，本文認為對於提供特定少數人亦構成散布的見解，是否有超出其文義範圍而有違反罪刑法定原則的問題？本文認為，散布原意為「分散傳布」、「散發分布」，由單一人持有，經交付給另一人而成為有兩人持有，亦可謂為分散，應該勉強仍在「散布」文義範圍之內。但修法將「交付」納入第315條之2第3項，則是較避免爭議的做法。

¹²³ 就洩漏之解釋，請參照：陳子平，前揭註87，頁420。

予以處罰，以充分保護被害人。¹²⁴」此外，在第 315 條之 1 以下議論的脈絡中，論者亦有認為如竊錄他人性交行為構成第 315 條之 1 第 2 款，但事後重製的部分，即便該次性交的事實已為公眾知悉，重製性交錄像的行為仍會加深當事人隱私所受的侵害，而有處罰之正當性¹²⁵。然而，性影像要有流傳之可能性，至少違法行為須朝向持有影像者以外之人，但重製可能僅是電腦與手機之間的同步儲存，或僅是為了多方保存，實在難謂重製有流傳之可能性，亦難以想像僅是重製影像，到底如何加深侵害，因此，重製之處罰實欠缺正當性。

4. 二次散布行為

由於第 319 條之 3 並未限定行為主體，因而即使是於公開網路下載者再為散布，此種二次散布行為亦有可能成立本罪。就二次散布之處罰，可能會有以下問題。第一，經過一次散布，二次散布行為還有法益侵害嗎？第二，主觀要件認定上是否會有困難？

首先就第一點，從本條立法理由來看，第 319 條之 3 第 1 項除了處理復仇式色情的問題以外，亦有可能處理上述行為客觀上該當第 2 項、第 3 項，但卻對客體性質欠缺認識，則應論第 1 項，另外，從條文文義來看，第 1 項本即可涵蓋第 2 項、第 3 項的情形，因而，第 1 項有如截堵式構成要件，可以認為是散布行為的基本規定。然而，在一次散布行為已將被害人隱私散發出去，且已無法回收或掌握該影像是否會再次傳播時，被害人隱私已經受到可能廣泛公開的危險，可謂已產生重大且回復困難之損害。從法益侵害的觀點來看，相較之下，一次散布行為之後的二次散布行為不論是質量皆應評價為是輕微不法行為，立法者將之一併入罪化，一網打盡，從刑法的最後手段性、謙抑性來看，存在疑問¹²⁶。

¹²⁴ 請參見第 319 條之 3 立法理由三。

¹²⁵ 蔡聖偉（2021），〈三論私裝 GPS 追蹤器與竊錄非公開活動罪：評最高法院 109 年度台非字第 61 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，109 期，頁 64-65。

¹²⁶ 亦不乏有認為，隱私一旦被合法取得而公開，私密性已大幅下降，許恒達，前揭註 1，頁 250。

其次，就第二點而言，從我國的條文結構來看，二次散布行為在第 319 條之 3 的 3 項行為中皆有可能發生。亦即，必須視行為人散布的客體是否屬於第 319 條之 1、第 319 條之 2 所攝錄之內容，同時亦應檢視行為人主觀上對於客體之性質是否有認識，始能確認適用法條。然而，不在性影像拍攝現場之第三人於網路上隨意下載之性影像，對於性影像的攝錄狀況基本上難以認定，更難判斷性影像公開與否之性質，實務上恐怕會因為難以確認，因而多成立第 319 條之 3 第 1 項之規定，可能使第 319 條之 3 第 1 項發揮截堵構成要件之機能。但問題是，行為人也未必認識到性影像是否具備合意或非公開性等第 319 條之 3 第 1 項之要件，於此情況下，應考慮不予論罪，避免處罰不當擴張，同時亦不應恣意以未必故意來認定。

再者，從刑法的最後手段性來檢視此一問題，應該思考的是，當性影像已遭散布時，後續的二次散布行為實難取締，因而可能產生選擇性執法等恣意運用刑法的問題，藉此也難以禁絕性影像的繼續傳播。從而，後續應該思考應對的重點在於如何盡可能地刪除、下架或移除檔案，而非祭出重刑來威嚇骨子裡八卦與窺探的大眾，刑罰在此實難謂符合補充性原則。

總而言之，如性影像係合法取得，則依照前述第 319 條之 3 第 1 項限縮解釋，就因特定緊密關係而取得性影像者，於洩漏時會成立本罪。如非基於特定緊密關係而取得者，則洩漏行為須彰顯（性影像攝錄時之）客觀物理性隔絕環境或遮蔽措施的破壞，行為人應以性影像攝錄之參與者為限。但此 2 種情形之二次洩漏，考慮上述理由，應不予論罪。如性影像係第 319 條之 1 或第 319 條之 2 攝錄者，則得依第 319 條之 3 第 2 項、第 3 項處罰一次散布行為，但二次散布行為亦不應處罰。

5. 附論：散布行為與名譽、性自主法益之關係

就性影像之散布行為可能侵害的利益，新法係將之定位為侵犯性隱私之行為，於日本法中，亦有意的與妨害名譽罪相區分，認為日本法第 3 條之保護法益係屬隱私，並不包含名譽。我國學說、文獻上就此種行為侵害之利益，

多數認為係為隱私或秘密¹²⁷，但除此之外，尚存在不同見解認為亦侵害名譽權、性自主權。

散布（合意）性影像是否為性自主權的侵害，有文獻提及復仇式色情並不單純是隱私侵害，而是一種性犯罪、性暴力¹²⁸，亦有認為，從對於個人造成之損害與影響來看，亦是一種性自主權之侵害。此種想法係認為，隱私部位或性生活之拍攝決定，是一種性自主權的積極展現與性實踐，法律就此應予保障，並認為即使是在自願拍攝且同意散布給特定人的情況，如遭散布於眾，仍屬於對於性自主之干擾與侵害，換言之，散布對象的範圍設定，亦屬拍攝對象之合理的性實踐，如受侵害，亦應受刑法保護¹²⁹。

然而，本文認為，於刑事法規範中，所謂的性犯罪或妨害性自主，必須有對於物理性身體之侵犯，如性交或猥褻行為的性互動，且須符合強暴、脅迫等對於知或能的壓抑等法定方式的要求，或者係於法定的關係之下，利用權勢或機會為之，始為對於性自主之侵犯¹³⁰。從而，散布性影像之行為，不會因為影像內容與性有關，即屬性自主之侵害行為，否則，講黃色笑話亦有可能成為性犯罪，顯然有違一般的理解。因此，應可確認性自主並非散布性影像之侵害法益。進而，就散布性影像之規制，要求於實體或程序規定類比性犯罪之相關處遇，如建置保護令制度、對行為人進行強制治療等，此類倡議實有再思考之必要。

¹²⁷ 如：許恒達，前揭註1，頁246；張天一，前揭註3，頁29；白智芳（2017），〈由「未得同意散布性私密影像」議題談司法中對被害人保護〉，《檢察新論》，22期，頁339；吳芳毅（2020），〈深度偽造為色情報復之侵害與規制〉，《檢察新論》，28期，頁194。

¹²⁸ 陳莉棻，前揭註1，頁87。美國法上就復仇式色情之性質，亦有是否為性犯罪的不同定性，因而認為此一問題有其曖昧性，相關論述請參照：松井茂記，前揭註5，頁189、215。

¹²⁹ 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33、44-46、52，論者建議在妨害性自主罪章中增訂違反本人意願散布性隱私內容罪，藉此肯定性自主權之保護；吳芳毅，前揭註127，頁195。

¹³⁰ 亦可參照：許恒達，前揭註59，頁17-18。

另就名譽而言，散布性影像雖然有可能造成名譽之侵害，但無法一概而論。個案中，除了性影像的散布之外，尚附加貶損他人社會名譽之文字或影像的情況，由於僅透過文字即可造成名譽之侵害，因此，此時之重點即非性影像之散布本身是否具有貶損名譽的危險性。有疑義的是，僅有性影像，但沒有任何文字表述的情況，是否可能同時造成名譽的侵害。學說上曾有舉例認為，為了貶損甲議員疼愛太太的社會名譽，傳述其未曾被揭露的買春或婚外情生活史，即會改變其社會評價¹³¹，似乎認為性影像的存在本身即有貶損名譽的危險性。

然而，在私領域生活被揭露之後，社會評價之所以會產生改變，事實上是因為還存在其他中介事項。詳言之，本文認為，性影像本身僅是表彰了曾經發生過影像內容的事實¹³²，但如要產生評價，尚須透過該事實與其他事實加以對照，再經由閱聽者之理解、於其價值觀之下加以評價，才有可能有社會名譽貶損的問題，換言之，中間還介入了一個閱聽者的存在，如果其對於議員甲是疼愛太太一事並未認知，則甲之名譽即未必有受到貶損的可能。此外，如果下載者認為行為人所散布之性影像內容精彩、富含情感交流而予以收藏，此種情況是否仍存在社會評價貶損的問題，則難以論斷。因而，本文認為，性影像的散布未必會有名譽貶損的問題，難以逕將名譽解釋為性影像散布行為之保護法益。

必須思考的是，在 1999 年將隱私納入刑法保護範疇之後，學說上有認為，在散布（合意）性影像的情況，以名譽的貶損作為關卡，於有名聲貶損時始有必要加以處罰¹³³。然而，隱私侵害要連帶有名聲貶損的可能性始有處罰之必要的這種「有限度的保護隱私」之見解，似乎需要進一步釐清何以隱私無法單獨作為保護法益此一問題。亦即，即使沒有名聲貶損的可能性，隱私如有單獨保護的必要性，仍有正當化立法規制的可能性。從此一角度，對於新法亦未嘗沒有正面評價的空間。

¹³¹ 許恒達，前揭註1，頁241。

¹³² 深偽影音則是破壞了這個「影像＝過去發生之事實」此一關係。

¹³³ 許恒達，前揭註1，頁246-251。

附帶一提者，當我們認為，性影像的散布有害被害人的名譽，思考上認為這種東西流落在外會使得名聲敗壞，則應該思考這種所謂的名譽受損到底是什麼意義，特別是在多數的被害人皆為女性的現況下。如果這是指性影像的流出將會給人女性失去貞操、不檢點的印象，則應該思考的是，現行刑法並不以貞操、檢點的形象為保護法益，因而，似乎不應該將讓貞操、女性檢點的形象，在散布性影像的犯罪化中復活重生、借屍還魂，繼續讓這種既存觀點固著於社會之中。

再者，性影像的散布導致當事人身心受創，並非賦予刑罰根據、正當化刑罰的充足理由。雖然有認為復仇式色情的傷害不亞於性侵害的傷害，因為網路得以廣泛傳播，導致資訊難以徹底下架，對於被害人的傷害難以磨滅，與對於性侵害被害人之影響並無差異¹³⁴。本文並不否認性影像的散布，會導致被害人身心受創甚鉅，或可為量刑事由，但不認為這是因而要將行為犯罪化或重罰化的適當且正當的根據。理由在於，相較其他法益侵害行為，如故意或過失的傷害、重傷害行為，常有造成被害人面容受損（破相）、肢體障礙等結果。此種身體或健康上的損害是刑法身體法益的保護客體，但因為面容受損、肢體障礙使得被害人在現實生活產生不便，在人際交往中長期承受他人異樣眼光與復健所帶來的痛苦，經常亦伴隨著精神上損害，甚至想要自殺。於審判上，法官或許會於量刑時加以審酌，但難以認為是獨立的刑罰正當化基礎。從而，縱使要立法規制，立法者在刑度安排上應該將這些考量擋在不法與罪責之思考之外，不要將來自社會的惡害（國家未能完善使障礙者便利生活的設施、眾人的歧視）要求行為人負責，才是正當且適切的做法。

肆、結語

為了因應復仇式色情，且為了於現今科技發展之下保障隱私權，我國於 2023 年立法增訂了刑法第 28 章之 1 妨害性隱私及不實性影像罪章，透過對

¹³⁴ 陳莉羣，前揭註 1，頁 87。

於性影像之攝錄、散布行為之處罰，企圖遏止相關犯行繼續橫行。然而，不論是從刑法第 319 條之 1 以下條文的文義，或就相關條文一併參照理解，皆可發現新法所欲處理的範圍遠遠大過復仇式色情所帶來的問題，從而衍生前述問題意識。

本文經由對於隱私的探討，先釐清值得刑法加以保護之性的隱私之範疇，再檢討刑法規制隱私侵害之行為態樣，以下嘗試回應問題意識。

首先，藉由對於隱私權發展之考察可知，隱私權的概念仍在成長變動之中。縱然有隱私保護之必要性，亦有必要留意此種不明確的新興法益，在劃定保護界線時，可能有過度擴張的問題。而承載性影像之客體，可能同時是刑法第 235 條侵害社會法益之猥褻物品，亦有可能是個人隱私侵害的客體，如進一步對於內容進行變更，則是否還承載個人隱私利益，應就個案進行確認。

其次，由於隱私的概念尚處於發展之中，於思考運用刑法規制來加以保護時，即應考量法益保護原則、最後手段性與謙抑性原則。就行為客體部分，值得以刑法加以保護者，應屬具有「非公開性」之隱私，換言之，客體須具備「非公開性」，透過物理性隔絕環境或遮蔽措施隱蔽攝影對象者，始有必要藉由刑法規制加以保護。就此，即使是性影像亦不應有例外。從而，對於在住家、房間等私人領域中，固應有隱私權之保障，即使在公共場域，如有透過物理性的遮蔽來彰顯客觀隱私利益的存在，則亦應得主張隱私權。惟如係公開之性活動或公然展示性器等身體隱私部位，則於權衡攝影對象之隱私權與一般人行動自由，同時考量客觀上欠缺隱私利益，且將導致成罪與否之判斷完全繫諸於攝影對象，並不適當，因而認為此種情況並無刑法保護之必要性。

再者，就行為態樣部分，刑法對於隱私之保障，亦係藉由對於隱私刺探與洩漏來為之。進而可認為刑法第 319 條之 1、第 319 條之 2 屬於隱私刺探的類型，就攝影對象不欲人知的性影像，透過未得同意或強暴脅迫等違反意願之方法加以探知、侵入或獲得，於現今科技發展之下，並可將隱私資訊檔案化、固定化，更進一步有造成隱私侵害擴大的可能性，因而亦可為此種侵

害類型已屬隱私或秘密探知的進化類型。另一方面，第 319 條之 3 則屬於隱私洩漏類型。就違法取得之性影像，具有隱私侵害擴大的性質。就合法取得之性影像，則係透過破壞（性活動參與者基於合意所建構之）客觀物理性封閉環境，使封閉環境無效化，作為洩漏的一種行為態樣，亦構成隱私侵害。刑法第 319 條之 3 所規定之各種行為態樣，應解釋為個人法益之隱私洩漏類型，而非社會法益侵害之猥褻物品散布類型。從而，第 319 條之 3 之各種行為態樣之對象不應解釋為不特定或多數人，例如，即使僅係將性影像交付或傳送給另一人，亦屬隱私之洩漏，而有可罰性。

另外，就二次散布行為，從其低度的法益侵害性與主觀認定上可能存在的困難，再考量補充性的問題，於運用上實應謹慎。

最後，從 1999 年妨害秘密罪章增訂新的刑法規制，至本文所討論刑法第 319 條之 1 以下之新法，不難察覺到臺灣刑法對於隱私保護範圍的漸次擴張，足見刑法對於個人人格侵害的制裁有大幅擴張處罰的傾向，對於人格法益的保護，漸趨概括保護的方向發展。

然而，對於這樣的現象，實有必要提出深切的提醒。刑法的保護法益機能，並非只要為了保護生活利益，即應發動制裁。刑法的發動，應限於刑法以外的社會統制手段皆不充分時，始有其適用，在有其他社會統制方式足以應對時，即應由該手段來處理。此即刑法的「最後手段性」，即為刑法謙抑性或補充性原則。同時，亦不應針對特定法益進行全面保護。作為法益保護機能的內在制約，如透過刑罰以外的社會統制手段尚有不足，刑法似乎不得不加以介入時，仍須檢視是否符合適正性。詳言之，如考量到刑法的實現過程，較諸透過刑法加以保護法益，處罰一事將會帶來較大的弊害時，或者犯罪被發掘的可能性極少，而被處罰將繫諸偶然或因法執行機關的差別待遇或恣意運用而受到左右、有選擇性執法的現象時，則不應肯認刑法的發動，而有過度廣泛處罰禁止之適用¹³⁵。就二次散布行為之處罰，即有此疑慮，全面

¹³⁵ 內藤謙（1983），《刑法講義總論（上）》，頁55-56，有斐閣；長谷部恭男（2006），〈憲法上の諸原則〉，宇賀克也・長谷部恭男（等編），《法システムIII——情報法》，改訂版，頁15-16，放送大学教育振興会；高山佳奈子（2007），〈現代

性的展開對於散布行為的規制，對於言論自由與行動自由的箝制將難以預料。

面對權利內涵尚在不斷發展中的隱私法益，不應將包括性、廣泛性的刑法規制納入考量，有關個人隱私，只有維持刑法的斷片性，個別予以保護，才是可行的進路¹³⁶。

在思考攝錄、散布性影像應如何加以規制時，其意義不僅只在於我們要對個人隱私提供多少保護，更重要的是，辨識出這是刑法作為國家權力走向大幅擴張的重要時刻。對於有關性影像之規制，在司法院釋字 617 號中某種程度已經受到限縮的國家權力，在刑法第 315 條之 1 以下的規定與新法中，似乎又在個人法益保護的名義下，開始擴張。

在立法活性化、被害者保護的要求高漲、對於刑法機能有著過度或不適當期待的現在，面對立法的呼聲、被害者保護的要求與被害的重大性，一方面須保護被害人，然仍應留意避免走向結果責任主義，或忽略檢視援用其他手段處理的可能性，過度依賴法律效果嚴厲的刑法規範。另一方面，於刑事立法之際，應該重新確認刑法之機能與原則，深切思考刑罰之極限。應針對法益、行為態樣、行為客體、規範制度整體的整合性、刑罰目的及其實現的可能性等加以考量，檢視犯罪化、正當化刑法規制的積極根據，再進行最後的立法決斷。企圖以重刑的威嚇力鎮壓社會中的不當行為，恐將導致自由受到不當的限縮，刑法謙抑性、法安定性、罪刑明確性受到減損，反倒帶來更大的弊病，實應謹慎為之¹³⁷。

型刑罰法規と罪刑法定主義》，城山英明・西川洋一（等編），《法の再構築Ⅲ 科学技術の発展と法》，頁81，東京大学出版会。

¹³⁶ 園田寿，前掲註60，頁400。

¹³⁷ 高山佳奈子，前掲註135，頁85。

參考文獻

一、中文部分

- 王皇玉（2009），〈拘禁、違法搜索與竊拍？〉，《台灣法學雜誌》，131 期，頁 132-137。
- （2009），〈刑法對隱私權的保障：以刑法第三一五條之一為中心〉，《台灣法學雜誌》，122 期，頁 37-39。
- （2009），〈汽車內活動是「非公開」活動嗎？〉，《月旦法學教室》，76 期，頁 14-15。
- （2011），〈短裙下的大腿是隱私部位嗎？〉，《月旦裁判時報》，7 期，頁 123-129。
- （2013），〈強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心〉，《臺大法學論叢》，42 卷 2 期，頁 381-432。
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2013.42.02.04>
- 甘添貴（2019），刑法各論（上），5 版，三民。
- 白智芳（2017），〈由「未得同意散布性私密影像」議題談司法中對被害人保護〉，《檢察新論》，22 期，頁 336-342。
- 吳芳毅（2020），〈深度偽造為色情報復之侵害與規制〉，《檢察新論》，28 期，頁 185-200。
- 李茂生（1999），〈刑法秘密罪章新修條文評釋〉，《月旦法學雜誌》，51 期，頁 93-114。
- 法思齊（2017），〈敢分手就毀了你：復仇式色情與刑法〉，《月旦法學教室》，180 期，頁 51-58。<http://doi.org/10.3966/168473932017100180011>
- （2021），〈論以刑事法規範復仇式色情（Revenge Porn）之可能：以日本情色保護受害防治法為中心〉，《月旦法學雜誌》，314 期，頁 210-223。<http://doi.org/10.3966/1025593131412>
- 林山田（2005），《刑法各罪論（上）》，5 版，自版。

- 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40-58。
<http://doi.org/10.53106/1025593133303>
- （2023），〈刑法規制數位／網路性別暴力之若干問題及其解釋策略〉，《法官協會雜誌》，25卷，頁47-68。
- 陳子平（2022），《刑法各論（上）》，5版，元照。
- 陳莉羣（2016），〈性剝削、娼妓制度與復仇式色情：Janine Benedet教授與婦援會交流紀實〉，《婦研縱橫》，105期，頁84-89。
<https://doi.org/10.6256/FWGS.2016.105.84>
- 許恒達（2009），〈論違法通訊監察之刑事責任〉，《台灣法學雜誌》，122期，頁40-42。
- （2009），〈論違法通訊監察罪之行為主體：法益取向的解釋觀點〉，《月旦法學雜誌》，169期，頁168-185。
- （2010），〈通訊隱私與刑法規制：論「通訊保障及監察法」的刑事責任〉，《東吳法律學報》，21卷3期，頁109-159。
<https://doi.org/10.6416/SLR.201001.0109>
- （2012），〈高樓間與動畫中的隱私法益〉，《月旦法學教室》，121期，頁30-32。
- （2013），〈GPS抓姦與行動隱私的保護界限：評臺灣高等法院一○○年度上易字第二四〇七號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，24期，頁59-78。
<https://doi.org/10.3966/207798362013120024007>
- （2015），〈散布私密照加重刑責之研議〉，《月旦法學雜誌》，241期，頁235-253。
<https://doi.org/10.3966/102559312015060241011>
- （2022），〈深度偽造影音及其刑法規制〉，《法學叢刊》，67卷1期，頁1-29。
- 許澤天（2023），《刑法分則（下）：人格與公共法益篇》，5版，新學林。
- 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。
<https://doi.org/10.3966/168473932019040198007>

- 張陳弘（2018），〈新興科技下的資訊隱私保護：「告知後同意原則」的侷限性與修正方法之提出〉，《臺大法學論叢》，47 卷 1 期，頁 201-297。
[https://doi.org/10.6199/NTULJ.201803_47\(1\).0004](https://doi.org/10.6199/NTULJ.201803_47(1).0004)
- 張凱強（2016），〈論復仇式色情這當代厭女文化下的網路獵巫行動〉，《婦研縱橫》，105 期，頁 16-21。<https://doi.org/10.6256/FWGS.2016.105.16>
- （2017），〈散布性私密影像行為之研究〉，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文（未出版），臺北。
- 黃惠婷（2019），〈由實務見解探討刑法第三百十五條之一妨害秘密罪〉，《軍法專刊》，65 卷 3 期，頁 1-28。
- 蔡聖偉（2001），〈妨害秘密罪章的新紀元（下）〉，《月旦法學雜誌》，71 期，頁 96-107。
- （2008），《刑法問題研究（一）》，元照。
- （2016），〈論強制性交罪違反意願之方法〉，《中研院法學期刊》，18 期，頁 41-109。
- （2018），〈再論私裝 GPS 跟監與「竊錄非公開活動」：評最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，76 期，頁 27-40。<http://doi.org/10.3966/207798362018100076004>
- （2021），〈三論私裝 GPS 追蹤器與竊錄非公開活動罪：評最高法院 109 年度台非字第 61 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，109 期，頁 57-66。<http://doi.org/10.3966/207798362021070109006>
- 蔡蕙芳（2010），〈從美國隱私權法論刑法第三一五條之一與相關各構成要件（上）〉，《興大法學》，6 期，頁 71-111。
- （2010），〈從美國隱私權法論刑法第三一五條之一與相關各構成要件（下）〉，《興大法學》，7 期，頁 29-67。
- 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 158-171。<http://doi.org/10.53106/1025593132708>

- 蕭宏宜（2015），〈看得到聽不到：不法竊錄罪與違法監聽罪〉，《台灣法學雜誌》，266 期，頁 95-104。
- 蕭郁澹（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 27-55。
- （2017），〈日本情色報復受害防制法之評析〉，《科技法律透析》，29 卷 2 期，頁 21-28。
- 劉靜怡（2006），〈隱私權：第一講隱私權的哲學基礎、憲法保障及其相關辯論——過去、現在與未來〉，《月旦法學教室》，46 期，頁 40-50。
- 薛智仁（2014），〈衛星定位追蹤之刑責：評臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號判決〉，《科技法學評論》，11 卷 1 期，頁 119-154。
- 簡至鴻（2022），〈個人資料保護法第 41 條「違法侵害個資罪」之基本課題：以最高法院 109 年度台上大字第 1869 號刑事裁定的檢討為契機〉，《刑事政策與犯罪防治研究》，32 期，頁 131-184。
[https://doi.org/10.6460/CPCP.202208_\(32\).03](https://doi.org/10.6460/CPCP.202208_(32).03)

二、日文部分

- 淺田和茂（2020），《刑法各論》，成文堂。
- 岡田好史（2020），〈リベンジポルノをめぐる新たな問題〉，《専修法學論集》，138 号，頁 31-54。<http://doi.org/10.34360/00010986>
- 佐伯仁志（1996），〈名誉とプライバシーに対する罪〉，收於：芝原邦爾・堀内捷三・町野朔・西田典之（等編），《刑法理論の現代的展開：各論》，頁 76-100，日本評論社。
- （1984），〈プライバシーと名誉の保護（三）：主に刑法的観点から〉，《法学協會雜誌》，101 卷 9 号，頁 88-155。
- （1984），〈プライバシーと名誉の保護（四）：主に刑法的観点から〉，《法学協會雜誌》，101 卷 11 号，頁 1-83。

- (2006), 〈刑法による情報の保護〉, 收於: 宇賀克也・長谷部恭男 (等編), 《法システム III: 情報法》, 改訂版, 頁 192-208, 放送大学教育振興会。
- 曾我部真裕 (2018), 〈自己情報コントロールは基本権?〉, 《憲法研究》, 3 号, 頁 71-78。
- 園田寿 (1990), 〈私的秘密の刑法的保護〉, 《刑法雑誌》, 30 卷 3 号, 頁 391-409。 https://doi.org/10.34328/jcl.30.3_391
- (2015), 〈刑事立法の動き: リベンジボルノ防止法〉, 《刑事法ジャーナル》, 44 号, 頁 47-56。
- 高山佳奈子 (2007), 〈現代型刑罰法規と罪刑法定主義〉, 收於: 城山英明・西川洋一 (等編), 《法の再構築 III 科学技術の発展と法》, 頁 71-87, 東京大学出版会。
- 内藤謙 (1983), 《刑法講義総論 (上)》, 有斐閣。
- 長谷部恭男 (1999), 《憲法学のフロンティア》, 岩波書店。
- (2006), 〈憲法上の諸原則〉, 收於: 宇賀克也・長谷部恭男 (等編), 《法システム III: 情報法》, 改訂版, 頁 13-24, 放送大学教育振興会。
- 平沢勝栄・三原じゅん子・山下貴司編著 (2016), 《よくわかるリベンジボルノ防止法》, 立花書店。
- 松井茂記 (2020), 《表現の自由に守る価値はあるか?》, 有斐閣。
- 水越壮夫 (2015), 〈私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律の概要〉, 《法律のひろば》, 68 卷 3 号, 頁 21-30。
- (2015), 〈私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律について〉, 《警察学論集》, 68 卷 3 号, 頁 83-102。
- 水谷雅彦 (2002), 〈住基ネットとプライバシーの「危機」〉, 《法学セミナー》, 571 号, 頁 41-43。
- 皆川治之 (2015), 〈法令解説: リベンジボルノ対策〉, 《時の法令》, 1974 号, 頁 17-28。

山本龍彦(2010 年)、「プライバシーの権利」，《ジュリスト》，1412 号，
頁 80-90。

渡辺真由子(2015)，《リベンジポルノ：性を拡散せれる若者たち》，弘
文堂。

Criminal Regulation of Recording or Distributing Sexual Images and Videos

*Wan-Shan Lin**

Abstract

This study aims to review the criminal law protection for sexual images or videos in Articles 319-1 to 319-3 of the newly revised Criminal Law.

Recently, revenge porn has entered our everyday lives, causing privacy and emotional damage to many victims. Perhaps not surprisingly, most of the victims are women. The perpetrator coerces the victim with sexual images or videos, controls their actions, and demands sexual intercourse or property. The victim suffers damage, but is afraid to call the police because the sexual image is still in the hands of the perpetrator. In order to deal with this social problem, Taiwan criminalizes such behaviors as recording or distributing sexual images or videos, and takes related measures to seek to delete or remove the sexual images and videos from the internet. This article focuses on the criminalization of recording or distributing sexual images or videos. As a comparison material, this research introduces the provisions of Japan's Revenge Porn Prevention Act, and discusses the object of the act, legal interests, and illegal behavior patterns.

In this article, three questions are raised: (1) Under Article 319-1, shall we provide protection for all "sexual images or videos" as long as the sexual images or videos meet the definition of sexual images or videos in Paragraph 8 of Article 10? Are all sexual images or videos worthy of protection by criminal law? (2) What is the relation between the two illegal behaviors of video record and distribution concerning the protection of legal interests such as sexual privacy and secret infringement? (3) Should secondary distribution be punished?

* Associate Professor, Department of Law, National Chung-Cheng University.
E-mail: wanshan@ccu.edu.tw

In order to answer the above questions, this article discusses the protection of privacy as a legal interest, confirms the nature of sexual images or videos that are necessary for criminal law protection, and focuses on the significance of recording and distributing punishment in privacy protection.

Keywords: privacy, secrets, non-public, intimate, record, distribute, disclose, sexual images or videos, revenge porn

