臺灣高等法院刑事判決

114年度侵上訴字第250號

上　訴　人
即　被　告　徐廷宇
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　廖儀婷律師(義辯)

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等案件，不服臺灣桃園地方法院114年度侵訴字第77號，中華民國114年8月18日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第19866號、113年度軍偵字第165號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、徐廷宇與代號AE000-Z000000000（民國97年11月生，真實姓名詳卷，下稱A女）之未成年女子係網友，與代號AE000-Z000000000（98年9月生，真實姓名詳卷，下稱B女）之未成年女子係男女朋友。詎徐廷宇於相識過程中明知A女及B女斯時均係未滿18歲之少年，竟分別為下列犯行：

㈠、基於引誘使少年自行拍攝性影像之犯意，於112年9月13日20、21時許，在新北市○○區○○路000巷0號4樓居所，透過通訊軟體Instagram(下稱IG)向A女表示：想視訊看妳洗澡等語，A女即依其要求，在其位在桃園市八德區之住處（地址詳卷）浴室內，透過IG視訊功能與徐廷宇視訊通話，將其裸露胸部、下體之性影像，透過手機鏡頭製造成電子訊號，即時播送予徐廷宇觀覽；徐廷宇復基於違反本人意願使少年被拍攝性影像之犯意，在A女不知情之狀況下，利用電腦螢幕截圖功能，擷取A女裸露胸部、下體之視訊畫面數位照片，以此方式違反A女之意願使A女被拍攝性影像（下稱A性影像）。

㈡、徐廷宇持有上開A性影像後，再次要求A女拍攝錄影並傳送其裸露胸部之性影像，經A女拒絕後，竟於同日22時18分至22時20分許，基於恐嚇危害安全及以脅迫之方法使少年自行拍攝性影像之犯意，透過通訊軟體LINE（下稱LINE）向A女恫稱：「沒差 妳不給我 就等著吧」、「網站會有妳的」、「我也可以先給我朋友看」、「在給全部人看」等語，以散布A性影像為由，要脅A女繼續傳送裸照，使A女心生畏懼，致生危害於名譽之安全，惟因A女未按指示拍攝傳送性影像而未遂。

㈢、徐廷宇明知B女係14歲以上未滿16歲之女子，性觀念未臻成熟，並無完全之性自主同意能力，竟於112年11月19日起至112年11月30日止，分別在徐廷宇位在新北市○○區○○路000巷0號4樓居所、B女位在桃園市龜山區住處（地址詳卷），基於對14歲以上未滿16歲女子為性交之犯意，在不違反B女意願之情況下，以其陰莖插入B女陰道之方式，對B女為性交行為共3次；並基於拍攝少年性影像之犯意，於上開性交過程中，以其手機拍攝其與B女為性交行為之性影像。

㈣、徐廷宇另於112年11月間某日，在不詳地點，得知B女有自行拍攝裸露身體之性影像，基於製造少年性影像之犯意，透過通訊軟體詢問斯時住在桃園市龜山區住處（地址詳卷）之B女能否自行拍攝其裸露胸部之性影像（下稱B性影像）供其觀覽，B女聞訊後，即在上址住處，自行拍攝其裸露胸部之性影像，並經由LINE傳送予徐廷宇，以此種方式製造B女之性影像。

二、案經A女、B女之母即代號AE000－Z000000000A（真實姓名年籍詳卷）訴由桃園市政府警察局婦幼警察隊、八德分局報請臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、審理範圍

一、按上訴得對於判決之一部為之；上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第1項、第3

項分別定有明文。

二、本件上訴人即被告徐廷宇提起上訴，業已明示就事實欄一㈢部分，僅就原判決關於刑之部分上訴，其餘如事實欄一㈠、㈡、㈣部分則全部上訴（見本院卷第106頁）。是就事實欄一㈢部分，本院審理範圍僅限於原判決量處之刑部分，不及於原判決關於此部分所認定之犯罪事實、所犯法條等其他部分，僅於事實欄臚列此部分事實，並於理由欄參說明駁回上訴之理由，不再贅敘有關事實欄一㈢犯罪事實之認定理由、所犯法條等部分，並僅就事實欄一㈠、㈡、㈣部分之認事用法論述如理由欄貳所載。

貳、關於事實欄一㈠、㈡、㈣有罪認定之理由

一、證據能力

㈠、按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159條之5第1、2項分別定有明文。本判決所引用其他審判外之言詞或書面陳述，經本院於審判期日提示，並告以要旨後，檢察官、被告及其辯護人均未於言詞辯論終結前，就證據能力部分有所異議，本院復查無該等證據有違背法定程序取得或顯不可信之情狀，依刑事訴訟法第159條之5第2項之規定，有證據能力。

㈡、本件認定事實所引用之非供述證據，與本案具有關連性，且無證據證明係公務員違背法定程式所取得，依刑事訴訟法第158條之4反面解釋，當有證據能力，且於本院審理時，提示並告以要旨，使檢察官、被告及其辯護人充分表示意見，被告於訴訟上之防禦權已受保障，自得為證據使用。

二、訊據被告就上開事實欄一㈠、㈡、㈣所載客觀事實坦承不諱，並坦認有事實欄一㈡所載恐嚇犯行，惟否認有何違反兒童及少年性剝削防制條例（下稱兒少性剝削條例）第36條第

3項、第5項及修正前兒少性剝削條例第36條第1項等犯行，辯稱：事實欄一㈠之客觀事實，我承認是在A女不知情的情形下，用手機截圖拍下她裸露胸部、下體的照片，但沒有違反A女意願；就事實欄一㈡部分，我坦承有恐嚇A女，要她繼續傳送性影像照片給我，但沒有違反A女意願；就事實欄一㈣部分，我有問過B女，她同意自行行拍攝裸露胸部之性影像，傳給我的，並不是我拍攝的等語。辯護人則辯以：就事實欄一㈠部分，被告截圖的內容為A女洗澡畫面，與兒少性剝削條例所稱之性影像、猥褻影像要件不符，且被告係於與A女視訊過程中，在A女不知情之狀況下擅自以截圖方式擷取畫面，並未對A女施以違反其意願之手段，應不該當兒少性剝削條例第36條第3項之罪，至多僅成立刑法第315條之1第2款之罪；就事實欄一㈡部分，被告係在住居所透過通訊軟體傳送訊息與A女，並非A女個人或與被告互動時之性活動過程中受有性剝削，所傳送之訊息並未直接壓制A女意思自由，至多僅構成刑法第319條之2第4項、第1項之罪；就事實欄一㈣部分，被告係用通訊軟體問B女可否拍攝性影像供其觀看，也是B女同意後自行拍攝、傳送給被告觀看，不符合製造的行為態樣等語，經查：

㈠、上開如事實欄一㈠、㈡、㈣所載之客觀事實，業據被告於警詢、偵查、原審及本院審理時供陳明確（見113軍偵165卷第9至13、101至105頁、113偵19866卷第7至12頁，原審卷第51至56、90頁，本院卷第67、112至114頁），核與證人A女於警詢、偵查中之證述(見113偵19866卷第23至27、29至31、59至61頁）；B女於警詢、偵查中之證述(見113軍偵165卷第19至25、57至61頁）；B女之母於偵查中之證述(見113軍偵165卷第60至61頁）大致相符，並有被告臉書頁面資料、A女指認照片、指認犯罪嫌疑人紀錄表、對話紀錄翻拍照片、臺灣桃園地方檢察署檢察官113年9月5日勘驗筆錄、兒少性剝削事件報告單、代號與真實姓名對照表、兒少性剝削案件代號與真實姓名對照表桃園市政府家庭暴力暨性侵害防治中心個

案摘要表、性侵害案件通報表、失蹤人口系統-資料報表（見113軍偵165卷第27至31頁、113偵19866卷第19、33至36、39至40、63至69頁、113偵19866卷不公開卷第47至51頁、113軍偵165卷不公開卷第33至41頁）在卷可稽，此部分事實，洵堪認定。

㈡、被告及辯護人雖辯稱就事實欄一㈠、㈡部分，並無對A女施加違反其意願之手段云云，惟查：

1.兒少性剝削條例第36條第1項至第3項所列之罪，依其文義及體系解釋，乃依行為人對被害人施加手段之強弱，以及被害人自主意願之法益侵害高低程度之不同，而予以罪責相稱之不同法定刑，並於同條例第43條第1項及第2項規定減輕或免除其刑之適當調節機制以資衡平，為層級化規範，使規範密度周全，以達保障兒童及少年權益之立法目的，並符罪刑相當原則、比例原則之憲法要求。故其第1項規定拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品（以下合稱「性影像」）之罪，屬基本規定，凡行為人於未滿18歲之人知情同意而為拍攝、製造性交或猥褻行為之性影像均屬之。倘行為人採行積極之手段，以招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，促成兒童或少年合意被拍攝、製造性交或猥褻行為之性影像者，則合致於第2項之規定。惟若行為人採行之手段，以達強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法而為之者，則屬該條第3項之罪，該罪之「違反本人意願之方法」，係指其所列舉之強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法而言，且不以類似於所列舉之方法為必要，祇要其所為具有壓制或妨礙被害人意思自由之作用，或被害人意思決定過程，因行為人之行為而發生瑕疵者，即合於「違反本人意願之方法」之要件。況為了保護兒童及少年免於成為色情影像拍攝對象，以維護兒童及少年身心健全發展之普世價值，契合具內國法效力之兒童權利公約第19條第1項規定：「簽約國應採取一切適當之立

法、行政、社會與教育措施，保護兒童（該公約所稱『兒童』係指未滿18歲之人）……不受到任何形式之身心暴力、傷害或虐待、疏忽或疏失、不當對待或剝削，包括性虐待」之旨，及符合我國為了保護兒童及少年身心健全發展，防制兒童及少年成為性交易或拍攝性影像之對象，特別制定現行兒童及少年性剝削防制條例之立法目的，解釋本條項所指「違反本人意願之方法」之意涵，亦即兒童及少年被人拍攝性交或猥褻行為之性影像時，處於不知被拍攝之狀態，致使無法對於被拍攝行為表達反對之意思，實已剝奪兒童及少年是否同意被拍攝性交或猥褻行為影像之選擇自由。再從法律對於兒童及少年身心健康發展應特別加以保護之觀點，以前述隱匿而不告知之方式，偷拍或竊錄兒童及少年性交或猥褻行為之性影像，顯然具有妨礙兒童及少年意思決定之作用，無異壓抑兒童及少年之意願，而使其等形同被迫而遭受偷拍性交或猥褻行為性影像之結果，自屬本條項「違反本人意願之方法」（最高法院111年度台上字第1838號、第3725號判決意旨參照）。

2.就事實欄一㈠部分，依被告供述、證人A女之證述可知，A女在視訊過程中裸身進行淋浴，然此不等於A女同意被告在此視訊過程中，得以擅自截錄性影像畫面，此觀諸被害人於警詢、偵查中致證稱：我在112年9月13日晚上8、9點左右，開始與被告聊天，然後被告就要我拍沒有穿衣服的畫面給他，但我怕他會傳出去，有一直跟他拖說之後再拍，後來我們用IG視訊我在洗澡的畫面，當時視訊有拍到我的臉和上半身沒有穿衣服的畫面，視訊完後被告用LINE傳我剛剛洗澡視訊畫面的截圖給我，被告沒有經我同意，就直接截圖等語（見113偵19866卷第24至25、60頁）甚明。是已無從以A女裸身與被告視訊，即認被告係經A女同意而攝錄A女裸身洗澡畫面。況依被告與A女間之通訊軟體對話內容（見113偵19866卷第64至67頁）顯示，被告在A女洗澡前即已多次要求A女拍攝「澀澀（色色）的照片」、「沒有穿的」，A女均拒絕，足

認被告在與A女裸身洗澡視訊前，即已知悉A女不同意拍攝裸體、性影像畫面，竟仍於與A女視訊過程，擅自截取A女裸露上半身之畫面，揆諸前開說明，仍屬兒少性剝削條例第36條第3項所稱「其他違反本人意願之方法」甚明。被告及其辯護人前開置辯，洵無足採。

3.就事實欄一㈡部分，被告及其辯護人雖辯稱並未達於妨害A女意思自由云云。惟兒少性剝削條例第36條第3項所舉「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠或其他違反其意願之方法」，其中「強暴、脅迫」，係指對人之身體或心理施以強制力，以妨害被害人之意思自由已為足，而不以被害人完全喪失意思決定為必要。依被告供述、證人A女證述之情節及被告與A女間之對話紀錄內容（見113偵19866卷第69頁）可知，被告要求A女拍攝並傳送性影像畫面，遭A女拒絕後，旋即傳送其於如事實欄一㈠所載時間擅自截取A女裸露上半身之畫面，復傳送：「因為我知道妳不會拍」、「沒差 妳不給我 就等著吧」、「網站會有妳的」、「我也可以先給我朋友看」、「在（再）給全部人看等語，被告亦自承傳送該等文字之目的係為了要讓A女繼續傳送性影像照片（見本院卷第67頁），足認被告係在明知A女無拍攝傳送性影像畫面之意願下，而以其所傳送之上開影像及訊息內容，恐嚇A女繼續傳送性影像畫面，且其所施以上開恐嚇之方法，不僅已使A女心生畏懼，並已足以妨害A女之意思自由，此觀諸證人A女證述：後來他就跟我說要不要拍，不拍我就流出去，很快網站就會有你，我看到後，覺得很害怕等語（見113偵19866卷第24頁）甚明，自屬兒少性剝削條例第36條第3項所稱以其他違反本人意願之方法。被告及其辯護人前開所辯，亦不足採。

㈢、辯護人辯謂：被告於事實欄一㈠所載時間擅自截取之A女影像畫面，非屬兒少性剝削條例所稱之性影像、猥褻照片云云。惟刑法上所稱性影像者，謂內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：一、第五項第一款或第二款之行為。二、性器

或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位。三、以身體或器物接觸前款部位，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。四、其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。刑法第10條第8項定有明文。證人A女於警詢時已明確證述：當時視訊披我在洗澡時的畫面，有拍到我的臉和上半身沒有穿衣服，被告有給我看他錄我洗澡影像的截圖等語（見113偵19866卷第24至26頁），而依卷附之被告與A女對話紀錄（見113偵19866卷第69頁）顯示，被告傳送與A女之影像畫面為A女正面裸露上半身、下體及背面裸露淋浴等畫面，該等身體部位均屬隱私部位，上開影像畫面內含A女裸露身體隱私部位，客觀上已足以引起觀看者之性慾或羞恥感，揆諸前法條說明，應屬性影像畫面無訛。辯護人前開所辯，要與法不合，已無足採。

㈣、辯護人復辯以：就事實欄一㈣之性影像畫面係B女自行拍攝，不符兒少性剝削條例第36條第1項所稱之製造云云。惟兒童或少年心智尚未成熟，易一時自行拍攝、製造性影像、性交或猥褻行為之圖畫、語音等，並誤信他人而予以對外傳送，造成此類資訊在網路流傳，是依現行實務見解，對於誘使兒童或少年自拍性交、猥褻照片或影片，係屬創造照片或影片之行為，應屬兒少性剝削條例第36條第1項所稱之製造之概念範疇，此觀諸兒少性剝削條例第36條第1項之立法理由甚明。查本件事實欄一㈣部分，B女既係因被告以通訊軟體要求，而自行拍攝其裸露胸之性影像並傳送與被告一節，業經認定如前，揆諸前開說明，仍屬兒少性剝削條例第36條第1項所稱之製造，辯護人前開所辯，洵無足採。

㈤、綜上所述，被告及其辯護人所辯各節均無足採，被告如事實欄一㈠、㈡、㈣所載犯行，事證明確，均堪認定，應依法論科。

三、論罪

㈠、按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2

條第1項定有明文。本件被告為事實欄一㈣所載之行為後，兒少性剝削條例於113年8月7日修正公布施行，並自同年月9日生效，修正前該法第36條第1項原規定：「拍攝、製造兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」修正後，該條規定為：「拍攝、製造、無故重製兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰金。」，本次修正，係增訂「無故重製」之犯罪行為類型，與被告所為本案犯行無涉，然修正之該條項新增併科罰金下限，未有利於行為人，自應適用行為時即修正前兒少性剝削條例第36條第1項之規定論處。

㈡、核被告所為如事實欄一㈠部分，係犯兒少性剝削條例第36條第2項之引誘使少年自行拍攝性影像及同條例第36條第3項之以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪；事實欄一㈡部分，係犯兒少性剝削條例第36條第5項、第3項之脅迫使少年自行拍攝性影像未遂罪、刑法第305條之恐嚇危害安全罪；事實欄一㈣部分，則係犯修正前兒少性剝削條例第36條第1項之製造少年性影像罪。

㈢、罪數

1.被告就事實欄一㈠部分，係以一行為同時觸犯引誘使少年自行拍攝性影像及之以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪，為想像競合犯，應從一重之之以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪處斷。

2.被告就事實欄一㈡部分，係以一行為同時觸犯脅迫少年自行拍攝性影像未遂及恐嚇危害安全罪，為想像競合犯，應從一重之脅迫少年自行拍攝性影像未遂罪處斷，公訴意旨雖認被告同時構成刑法第319條之2第4項、第1項之脅迫本人拍攝性影像未遂罪嫌，然依兒少性剝削條例第36條第3項及刑法第319條之2第1項規定之文義及歷史解釋以觀，可知兒少性剝削

條例第36條第3項規定係於刑法第319條之2第1項112年2月8日增訂後有多次修正，且兒少性剝削條例第36條第3項規定已包括刑法第319條之2第1項規定之所有構成要件要素，亦係基於被害人為兒童及少年所設之特別規定，依特別法優於普通法之原則，以違反本人意願之方法，使兒童或少年被拍攝性影像之犯罪，自應優先適用特別法即兒少性剝削條例第36條第3項之規定，無庸再論以刑法第319條之2第1項之罪，公訴意旨有所誤會，併予敘明。

3.被告所犯各罪，犯意各別，行為互殊，均應分論併罰。

㈣、刑之減輕事由

1.被告就事實欄一㈡部分，因A女未按指示拍攝傳送性影像而未遂，為未遂犯，依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑減輕其刑。

2.被告所為除事實欄一㈠部分有依刑法第59條酌減其刑外，綦餘各罪則無刑法第59條之適用，說明如下：

⑴、按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原 因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由時，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。是必於被告適用刑法第59條以外之法定減輕事由，減輕其刑之後，猶堪認其犯罪之情狀，顯可憫恕，即使科以該「減輕後之最低度刑」仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定，再酌量減輕其刑（參最高法院109年度台上字第1795號刑事判決意旨）。又是否對被告依刑法第59條規定酌減其刑，法院本屬有權斟酌決定。法院為該項審酌時，雖不排除刑法第57條所列各款情形，惟其應達於顯可憫恕之程度，始有該條規定之適用（參最高法院109年度台上字第5794號刑事判決意旨）。又兒少性剝削條例第36條第3項之法定刑為「7年以上有期徒刑」，刑責嚴峻，然同為違犯本罪之人，其原因動機不一，行為目

的、手段、法益受侵害之程度等情節未必盡同，是其造成危害之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，所設之法定最低本刑卻同為「7年以上有期徒刑」，且行為人犯罪情節輕微者，縱量處最低法定刑，不可謂不重。是於此情形，倘依其情狀處以7年以下有期徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法第59條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例原則。

⑵、查被告明知A女於案發當時為未滿18歲之少年，竟仍於事實欄一㈠所載時間，利用與A女視訊過程，違反A女意願，擅自截取A女裸露胸部、下體之視訊畫面，其行為固有不該，惟依卷內現有證據並無證據顯示被告竊錄、拍攝上開猥褻行為數位影像之電子訊號後，有將之散布於眾，抑或販售與他人牟利，相較於其他竊錄、拍攝未成年人猥褻行為影像畫面，並憑以散布、販售而牟利者而言，被告犯罪情節尚難認屬重大，依其情節，若仍處以兒少性剝削條例第36條第3項法定最輕本刑7年有期徒刑之處罰，尚屬情輕法重，失之過苛，爰就被告如事實欄一㈠所示犯行部分，依刑法第59條規定減輕其刑，期使個案裁判之量刑，符合罪責相當之原則。

⑶、又就被告所為如事實欄一㈡所示以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像未遂犯行，已適用刑法第25條第2項減輕其刑，刑期相較原本之法定刑，已減輕甚多，要無情輕法重之憾。且被告除本案犯行外，亦因違反未成年人之意願使未成年人被拍攝性影像、恐嚇另案未成年之被害人，而經臺灣新北地方檢察署檢察官以113年度偵字第22257號案件提起公訴(見原審卷第57至60頁)，顯見其所為並非偶然、單一各別之犯行，難認其此部分犯罪有何特殊原因與環境足以引起一般同情，爰不依刑法第59條之規定

⑷、被告所為如事實欄一㈣部分，考量B女於案發時為未滿16

歲之少年，被告所為嚴重影響B女身心及性觀念健全發展，況被告另案亦因違反未成年人之意願使未成年人被拍攝性影像、恐嚇另案未成年之被害人，檢察官提起公訴，業如前述，被告之行為顯非偶然、單一各別之犯行，並無何科以法定最低刑度猶嫌過重之情形，爰不依刑法第59條之規定，減輕其刑。至於辯護人稱被告始終自白犯罪、行為時甫滿18歲又6月、與A女、B女達成調解等節，屬刑法第57條科刑應審酌之因素，尚無從僅以此遽認被告有刑法第59條酌減其刑之情事。

參、駁回上訴理由

一、原審詳為調查後，認被告所犯事證明確，依兒少性剝削條例第36條第2項、第36條第3項、第5項、修正前兒少性剝削條例第36條第1項及刑法第305條、第55條等規定，並以行為人之責任為基礎，審酌被告明知A女於案發時為12歲以上未滿18歲之少年、B女為14歲以上未滿16歲之少年，心智發育尚未完全健全，對於性行為或性自主觀念缺乏完全自主判斷能力，仍為滿足一己私慾，而為本案犯行，所為對於A女、B女之身心健康與人格發展均造成深遠且嚴重之不良影響，所為實有不該。衡以被告與A女、B女於行為時之年齡、被告拍攝性影像之內容、各次犯罪手段等節。兼衡被告於警詢、偵查及本院準備程序及審理均坦承犯行，又已與A女、B女之父母達成調解並按期履行，有調解筆錄可參(見原審卷第73至76頁)，犯後態度尚可，暨考量被告於原審審理時自陳之智識程度、職業及家庭生活經濟狀況（見原審卷第90至91頁）等一切情狀，分別量處附表「原審宣告罪刑」欄所示之刑，並考量本案法益侵害類型、時間、所為犯罪型態等，定其應執行有期徒刑4年6月；復於判決中詳敘查無犯罪所得或被告拍攝A、B女性影像之工具或影像，不予宣告沒收之理由。經核認事用法並無違誤，量刑暨所定應執行刑，亦屬妥適。

二、被告提起上訴，理由謂以：對於事實欄一㈠、㈡、㈣之客觀事實均坦承，惟事實欄一㈠部分至多構成竊錄他人身體隱私

部位；事實欄一㈡部分，應成立刑法第319條之2第4項、第1項之罪；事實欄一㈣之行為，亦不該當兒少性剝削條例第36條第1項所規定之製造。事實欄一㈡、㈣部分，請求依刑法第59條酌減其刑。事實欄一㈢部分坦承犯行，但被告行為時是18歲6月，應有刑法第227條之1、第59條規定之適用，原審量刑過重，請求撤銷改判較輕之刑等語。經查：

㈠、被告所為如事實欄一㈠部分，該當兒少性剝削條例第36條第3項以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝影像罪，業經認定如前。被告及辯護人執此主張應僅成立竊錄他人身體隱私部位罪一節，已無足採。

㈡、被告所為如事實欄一㈡部分，該當兒少性剝削條例第36條第5項、第3項以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝影像未遂罪，亦經認定如前。辯護人雖認此部分應僅成立刑法第319條之2第4項、第1項之脅迫本人拍攝性影像未遂罪，然兒少性剝削條例第36條第3項規定已包括刑法第319條之2第1項規定之所有構成要件要素，且係基於被害人為兒童及少年所設之特別規定，被告既以上述方法違本人意願之方法，使少年A女被拍攝性影像之犯行，自應優先適用特別法即兒少性剝削條例第36條第5項、第3項之規定，無庸再論以刑法第319條之2第4項、第1項之罪，亦經本院說明如前。辯護人前開辯解，洵無足採。

㈢、另就事實欄一㈣部分，被告所為仍屬修正前兒少性剝削條例第36條第1項之製造少年性影像行為，亦經認定如前。被告及其辯護人前開置辯，亦無足採。

㈣、被告所為如事實欄一㈡、㈣犯行，均非偶然、單一各別之犯行，並無何科以法定最低刑度猶嫌過重之情形，業經說明如前。被告及其辯護人上訴猶執詞主張就此部分犯行有刑法第59條酌減其刑之適用，洵無足採。

㈤、就事實欄一㈢部分，被告上訴主張有刑法第227條之1、第59條規定之適用。然查：

1.被告為事欄一㈢所示行為時，業已年滿18歲，有其年籍資料

在卷可參，從而，難認其有刑法第227條之1或第59條規定適用之餘地。被告據此上訴，要於法未合，無足採憑。

2.被告為事實欄一㈢所示行為時，與B女為男女朋友關係，雖係在兩情相悅之情況下逾越分際而為上開犯行，然本件行為B女未滿16歲，被告所為嚴重影響B女身心及性觀念健全發展，且被告另案亦因違反未成年人之意願使未成年人被拍攝性影像、恐嚇另案未成年之被害人，檢察官提起公訴，業如前述，被告之行為顯非偶然、單一各別之犯行，並無何科以法定最低刑度猶嫌過重之情形。

㈥、至於被告及其辯護人主張被告始終自白犯罪、行為時甫滿18歲又6月、與A女、B女達成調解等節，屬刑法第57條科刑應審酌之因素，揆諸前開說明，亦無從做為酌量減輕之事由。辯護人前揭所辯，並非可採。

㈦、被告上訴指摘原審量刑過重一節，惟查：

1.按犯罪之處罰，現行刑事處罰多採相對罪刑法定主義，賦與法官對各個具體犯罪案件有其刑罰裁量權，量刑過輕，確對犯人易生僥倖之心，不足收儆戒及改過之效，則刑罰不足以戒其意，且被害人或社會產生不平之感；量刑過重則易致犯罪人怨懟、自暴自棄，難收悅服遷善之功。

2.考量被告為94年次，於本件犯行時，甫滿18歲，雖智慮未深，然其所為不僅損及A女、B女之身心發展，並侵害他人之性隱私權，暨其犯後已與被害人和解，兼衡其智識程度、家庭、生活、素行等情狀，本院認原審於量刑時，於各該罪之法定刑整體觀之，顯已斟酌刑法第57條各款事由，並基於刑罰目的性之考量、刑事政策之取向以及行為人刑罰感應力之衡量等因素而為刑之量定，未逾越法定刑度，亦無違背公平正義之精神，所定應執行刑部分，亦已全盤考量本案情節，並給予適當之減讓，所量處之刑暨所定應執行刑，均尚屬妥適。至於被告上訴所指犯罪動機、目的、犯罪情節、所生損害及被告之犯後態度、智識程度、家庭、生活狀況等科刑因素，均業經原審於量刑時一一審酌，難認原審量刑有何失衡

而應予撤銷改判之理由。

㈧、綜上所述，本件被告上訴為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官陳羿如提起公訴，檢察官賴正聲到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　5　　日

刑事第十九庭　審判長法　官　曾淑華

法　官　陳文貴

法　官　李殷君

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　陳胤竹

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　5　　日

附錄：本案論罪法條全文

兒童及少年性剝削防制條例第36條

拍攝、製造、無故重製兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以上1百萬元以下罰金。

招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

意圖營利犯前三項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。

前四項之未遂犯罰之。

第1項至第4項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。
拍攝、製造、無故重製兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品之工具或設備，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。但屬於被害人者，不在此限。

中華民國刑法第227條（與幼年男女性交或猥褻罪）
對於未滿十四歲之男女為性交者，處3年以上10年以下有期徒刑。
對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處6月以上5年以下有期徒刑。
對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處7年以下有期徒刑。
對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處3年以下有期徒刑。
第1項、第3項之未遂犯罰之。

中華民國刑法第305條
以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事恐嚇他人，致生危害於安全者，處2年以下有期徒刑、拘役或9千元以下罰金。

修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條
拍攝、製造兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。
招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。
以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造性影像、與性相關而

客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

意圖營利犯前三項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。

前四項之未遂犯罰之。

第1項至第4項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。

拍攝、製造兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品之工具或設備，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。但屬於被害人者，不在此限。

附表：被告罪刑一覽表

編號	犯罪事實	原審宣告罪刑	備　　註
㈠	事實欄一㈠	徐廷宇犯兒童及少年性剝削防制條例第三十六條第三項之以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像罪，處有期徒刑參年陸月。	
㈡	事實欄一㈡	徐廷宇犯兒童及少年性剝削防制條例第三十六條第五項、第三項之以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像未遂罪，處有期徒刑參年陸月。	
㈢	事實欄一㈢	徐廷宇犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第三十六條第一項之拍攝少年性影像罪，共參罪，各處有期徒刑壹年。	被告僅就刑上訴
㈣	事實欄一㈣	徐廷宇犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第三十六條第一項之製造少年性影像罪，處有期徒刑壹年。	