

最高法院刑事判決

115年度台上字第1414號

上訴人 林柏霖

選任辯護人 彭立賢律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國114年10月31日第二審判決（114年度上訴字第1870號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署113年度偵字第8530號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決就其事實欄一之(三)關於無正當理由持有兒童或少年性影像之不另為無罪諭知部分撤銷。

其他上訴駁回。

理 由

甲、撤銷（即原判決就其事實欄〈下稱事實欄〉一之(三)，其中說明林柏霖同時被訴無正當理由持有兒童或少年性影像部分之不另為無罪諭知）部分：

一、本件原判決就第一審判決關於其犯罪事實欄一之(三)所示之未遂犯行，除撤銷仍改判論處上訴人林柏霖以脅迫方法使少年自行拍攝性影像（下稱強制少年自行拍攝性影像）未遂罪刑（此部分上訴不合法，詳如後述）外，對於上訴人同時被訴無正當理由持有兒童或少年性影像部分，於理由內另說明不為無罪諭知，固非無見。

二、惟對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限，刑事訴訟法第348條第2項定有明文。又除有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，其判決為當然違背法令，同法第379條第12款亦有明文。該款所謂「未受請求之事項予以判決」，係指本不屬法院應裁判

之範圍，竟予審判；亦即法院對未經起訴或上訴，且為起訴或上訴效力所不及之事項，本無訴訟關係存在，竟就該未經請求之事項予以判決而言。卷查：本件檢察官就上訴人所犯強制少年自行拍攝性影像未遂罪，起訴其同時涉犯無正當理由持有兒童或少年性影像罪嫌部分，經第一審法院審理結果，以不能證明上訴人此部分犯罪為由，於判決理由說明不另為無罪諭知（見第一審判決第11頁）後，僅上訴人就第一審有罪判決提起第二審上訴，檢察官對該不另為無罪諭知部分並未上訴，依刑事訴訟法第348條第2項但書規定，此不另為無罪諭知部分於第一審即判決確定，自不屬原審審判之範圍，原審就上開確定部分仍予審理，並在理由內說明不另為無罪諭知（見原判決第12頁），顯有未受請求之事項予以判決之違背法令。因屬訴外裁判，但既具判決之形式，上訴人對之提起上訴，本院仍應將此部分撤銷，以資糾正，然毋庸發回或自行改判。

乙、上訴駁回（即事實欄一之(一)、(二)，及事實欄一之(三)之有罪部分）：

壹、關於強制少年自行拍攝性影像既遂及未遂（即事實欄一之(二)，及事實欄一之(三)有罪）部分：

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。原判決認定上訴人有事實欄一之(二)、(三)所載，脅迫代號BN000-B113032之當時尚未成年少女（民國00年0月生，姓名年籍均詳卷，下稱A女）自行拍攝性影像既遂及未遂等犯行，因而撤銷未遂部分，仍改判處強制少年自行拍攝性影像未遂罪刑，另就既遂部分，則維

01 持第一審判決之論罪科刑及沒收諭知，駁回上訴人就此部分
02 在第二審之上訴。已詳述其所憑證據及理由。

03 二、上訴人上訴意旨略以：1. 伊所犯兒童及少年性剝削防制條例
04 等罪案件，依法不得公開審理，此為法院應遵守之事項，宣
05 示判決亦為審理之一環，原審未經被害人同意，竟在公開法
06 庭宣示判決，其踐行之訴訟程序違法。2. 伊確實不知當時A
07 女尚未滿18歲，且警詢卷彌封袋內雖有性影像案件代號與真
08 實姓名對照表、受理案件專用代號與真實姓名對照表，然原
09 審並未再次啟封，原判決認為A女當時未滿18歲，未說明其
10 依據，有理由欠備之違誤。3. 伊在第一審已以新臺幣（下
11 同）30萬元與A女成立調解且全數履行，第一審判決後，又
12 與A女及其父母成立和解協議，再次賠償共34萬4千元，亦
13 全部給付完畢，並獲A女之原諒，可見伊已盡力彌補所犯過
14 錯，原審量刑時未斟酌伊此部分量刑有利因子，而予量刑之
15 減讓，有違反不利益變更禁止及罪刑相當原則之量刑違誤。
16 4. 伊就事實欄一之(二)、(三)所示犯行，係為取得A女性影像，
17 在密切時間，以相同手法為之，屬接續犯，應論以一罪，原
18 判決予以分論併罰，亦有違誤。5. 原判決就伊所犯2罪，未
19 考量伊犯案時雖就讀大學，然智力及對語文之理解能力均不
20 及常人，且案發時伊甫成年，因血氣方剛而為本件犯行，及
21 本件強制少年自行拍攝性影像，其嚴重程度不若與兒童及少
22 年合意性交，法定刑度卻較之為重，明顯失衡等情，未依刑
23 法第59條規定酌減其刑，及從輕量刑，殊有欠當。6. 原審就
24 伊智力程度，是否符合刑法第19條第2項規定，既不採石牌
25 鄭身心醫學診所之心理衡鑑報告，又未送請專業醫療機構鑑
26 定，且參之原審判決後，臺灣新北地方法院已於115年3月30
27 日裁定伊為受輔助宣告之人，原審未予查明，逕予判決，亦
28 有調查未盡之違誤云云。

29 三、惟查：

30 (一)、刑事審判，除法律明文規定，原則上應公開法庭行之，俾確
31 保司法透明與程序公正，惟倘案件有妨害公序良俗之虞，或

01 涉及被害人高度私密事項，為維護社會良善風俗，或有保護
02 被害人之人格尊嚴、隱私權及陳述自由，避免其因公開法庭
03 陳述案情細節之二次傷害或因公開而妨害陳述意願，以降低
04 其參與司法程序之恐懼等必要者，法院得決定不予公開。本
05 件上訴人所犯前揭2罪，並非性侵害犯罪防治法第2條所指性
06 侵害犯罪之罪名，亦非同法第7條就準用本條例相關規定所
07 列刑法或性騷擾防治法之相關罪名，自非該法第27條第1項
08 所指不得公開審判之性侵害犯罪或準用此項規定之相關罪
09 名。本件原審因提示性影像等相關證據資料之調查過程，有
10 妨害善良風俗之虞，同時為保護A女權益，決定審理程序不
11 予公開；又因上訴人與A女間未具連結的親屬或同學關係，
12 宣判時，上訴人與A女等訴訟關係人皆未到庭，且僅朗讀判
13 決主文，亦有宣判筆錄可佐。則原審宣判程序以公開法庭方
14 式為之，此部分所踐行程序，難謂於法有違。上訴意旨1. 執
15 此指摘原審宣判程序違法，顯有誤會，尚非有據。次查第一
16 審於A女出庭作證時，已對其姓名、年齡及住居所等資料進
17 行人別訊問，上訴人及其原審之辯護人於原審行準備程序
18 時，就起訴書及第一審判決書所載其脅迫A女自行拍攝性影
19 像及A女當時尚未滿18歲等客觀事實均表示不爭執，僅辯稱
20 不知當時A女未滿18歲，對於受命法官提示並告以要旨之卷
21 附性影像案件代號與真實姓名對照表及受理案件專用代號與
22 真實姓名對照表等資料，同意作為證據，有原審準備程序筆
23 錄可稽，則原審審理時，就當事人及辯護人均不爭執之A女
24 當時未滿18歲的客觀事實，縱未再度啟封有前揭對照表之彌
25 封袋，當不影響其等知悉該袋內對照表等證據內容，及表示
26 意見之機會。原判決依前揭對照表等證據調查結果，說明案
27 發當時A女尚未滿18歲之依據及理由（見原判決第3至4
28 頁），亦無上訴意旨所指未說明事實所憑證據之情形，上訴
29 意旨2. 徒憑己見，任意指摘原判決有理由欠備等違誤云云，
30 自非上訴第三審之合法理由。

01 (二)、刑罰之量定，為事實審法院得依職權自由裁量之事項，倘其
02 量刑符合法規範體系及目的，裁量權之行使亦無明顯濫用而
03 違反公平、比例及罪刑相當原則者，即不得任意指為違法。
04 原判決對於上訴人所犯前揭2罪，以其責任為基礎，依刑法
05 第57條各款所列事項審酌一切情狀，在罪責原則下適正行使
06 其刑罰裁量權，而部分撤銷改判及部分維持之裁量結果，已
07 說明其理由，並將上訴人在第一審依調解內容賠償A女，提
08 起第二審上訴後，再次與A女及其父母成立和解，均依約給
09 付完畢等犯後態度之表現及A女對量刑之書面意見等情均納
10 入考量，且詳述斟酌上訴人為滿足一己私欲，明知A女未滿
11 18歲，仍以言詞多次逼迫方式而為本件犯行，對A女告知其
12 已觸法等語置之不理等犯罪惡性、對A女身心造成危害甚高
13 等情，及再三辯稱不知A女未滿18歲等犯後態度，認為上訴
14 人於提起第二審上訴後，雖增加賠償金額，難謂即可優於第
15 一審之刑度而獲輕判，因而維持或撤銷仍改判與第一審相同
16 之刑期，復就上訴人為滿足個人私慾，以脅迫手段為前揭2
17 次犯行，說明何以難認有特殊原因與環境而顯可憫恕等旨
18 （見原判決第10至12頁）。核其論斷，客觀上並未逾越法定
19 刑度範圍，亦與罪刑相當原則無悖，於法尚無違誤。又原判
20 決就未遂部分，係因第一審判決對此部分犯罪時間之事實及
21 理由相互齟齬，而撤銷改判，惟仍論處相同罪名，亦無減縮
22 第一審犯罪事實之情形，則原判決就未遂部分，撤銷改判與
23 第一審相同之刑度，亦無違反不利益變更禁止原則之可言。
24 上訴意旨3.、5.仍執前詞，泛言指摘原判決量刑違法，尚非
25 適法之第三審上訴理由。

26 (三)、行為係基於單一犯意，於同時、同地或密切接近之時、地實
27 行數行為，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依
28 一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法
29 評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予
30 以評價，較為合理者，始屬接續犯，而為包括之一罪。反
31 之，倘客觀上有先後數行為，主觀上係基於一個概括之犯

01 意，逐次實行而具連續性，其每一前行為與次行為，依一般
02 社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，
03 各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，縱構成同一之罪名，
04 亦應依數罪併罰之例予以分論併罰。原判決對於事實欄一之
05 (二)、(三)等犯行，敘明上訴人前後2次犯行間有13小時之時間
06 差距，行為明顯可分，且係前行為得逞後，始再次脅迫A女
07 自行拍攝性影像，前後2次行為間未具有行為局部之同一
08 性，自應分論併罰，上訴人所持接續犯之辯解，不足採信等
09 旨，已依卷內資料說明及指駁（見原判決第9至10頁）。核於
10 法無違，上訴意旨4.所云，持憑己見為不同評價，亦非合法
11 之第三審上訴理由。

12 (四)、行為人是否有刑法第19條第2項減輕其刑規定之適用，除必
13 要時由醫學專家鑑定外，法院得以行為人案發前後之行為舉
14 措，及行為人於案發當時之言行表徵等，調查審認其於案發
15 當時之生理及心理狀態認定之。原判決已說明依上訴人提出
16 心理衡鑑報告之各項智商分數，其雖非智商卓越之人，但仍
17 具備一般能力，未達智能不足之程度，並參酌上訴人於案發
18 期間與A女之通訊軟體LINE對話紀錄及訴訟過程之應對表
19 現，其在語文、表達、思考、推理等方面均與常人無異，可
20 見上訴人在案發前、後對法律相關規定及如何脫免罪責，已
21 具有相當認識，因認其對A女年齡之認知，及辨識行為違法
22 或依其辨識而行為之能力，均未受到智商不高所影響，此部
23 分事實已臻明確，尚無再為心理衡鑑調查之必要等旨。核屬
24 原審調查證據裁量職權之適法行使，殊無上訴意旨6.所指調
25 查未盡之違法。又第三審為法律審，除特別規定事項外，並
26 無調查事實之義務與職權，上訴人上訴本院另提出前揭其受
27 輔助宣告之民事裁定，請求調查有無刑法第19條第2項規定
28 之適用，執以指摘原判決不當，亦非上訴第三審之合法理
29 由。

30 (五)、是上訴人前揭及其他上訴意旨所云，無非係就原審採證認事
31 與量刑之職權適法行使，及原判決已論斷說明之事項，徒憑

自己的說詞，再事爭執，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，其就上開2罪之上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

貳、關於無正當理由持有少年性影像（即事實欄一之(一)）部分：上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服原判決而向本院提起第三審上訴，惟原判決關於事實欄一之(一)即其所犯無正當理由持有少年性影像部分，係維持第一審之科刑判決，此部分核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件，且無同條項但書之例外情形，自不得上訴於第三審法院，其就此部分一併提起上訴，為法所不許，亦應予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條，判決如主文。

中 華 民 國 115 年 5 月 21 日

刑事第六庭審判長法官 林恆吉

法官 蔡憲德

法官 林柏泓

法官 陳松檀

法官 林靜芬

本件正本證明與原本無異

書記官 林宜勳

中 華 民 國 115 年 5 月 25 日