最高法院刑事判決

115年度台上字第2024號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官劉俊良

被　　告　林克威

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國114年12月31日第二審判決（114年度上訴字第5218號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第24225號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、得上訴第三審(即以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像)部分：

一、原判決以第一審判決所認定被告林克威有如第一審判決事實欄(下稱事實欄)一、所載之犯行，以及所犯罪名，因而撤銷第一審關於此部分所處之刑部分之判決（被告明示僅就此部分量刑一部上訴），改判量處被告有期徒刑3年7月。固非無見。

二、惟按：刑法第59條酌量減輕其刑，乃實體法上賦予法院得為裁量之事項，且以於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用。其審酌事項固不排除刑法第57條所列舉之事由，但仍以犯罪有其特殊之原因與環境為必要。又刑法第59條酌量減輕其刑之規定，係推翻立法者之立法形成，就法定刑度再予減輕，為司法之特權，適用上自應謹慎，未可為常態，其所具特殊事由，應使一般人一望即知有可憫恕之處，非可恣

意為之。法院就被告是否符合「犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者」之酌量減輕其刑事實所憑證據，倘未予調查，復未於審判期日命檢察官、被告及辯護人進行科刑辯論，即遽行判決者，難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查及適用法則不當之違法。

三、經查：

依第一審判決認定之事實，被告係透過通訊軟體Messenger結識告訴人即被害人A女(代號：AD000-A113130，民國00年0月生，真實姓名、年籍詳卷)，其明知A女為未滿18歲之少年，心智年齡未臻成熟，判斷力、自我保護能力、性隱私之自主決定意思仍有不足(按A女為聽力及智能障礙者)，竟基於以其他違反本人意願之方法使少年被拍攝性影像之犯意，於113年1月7日16時30分許，在臺北市○○區「○○○○○○○○」包廂房間內，利用A女不及一般成人智能表現之情，以將A女行動電話取走，要求A女全裸拍攝影像，為其拒絕與被告發生性行為道歉，否則不交還手機之方式，違反A女意願，持其所有行動電話，拍攝A女全身赤裸、裸露客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位之性影像2部(見第一審判決第1至2頁)。又依第一審勘驗被告於「○○○○○○○○」包廂房間內所拍攝A女性影像影片2部之結果，可見A女站在包廂正中央、背後為螢幕。僅臉上有配戴黑色口罩，全身赤裸無任何衣服遮蔽。以左手撥弄頭髮、右手在下腹處，其表情緊繃不自在、緊張，彎腰鞠躬向被告道歉，以及A女口中呢喃自語「對不起」，眼神很害怕的看著鏡頭，兩手不斷的碰觸身體顯得焦躁不安等情(見第一審判決第6至7頁)。以上事實如果無訛，被告在「○○○○○○○○」包廂之封閉狹小空間內，以前揭方式拍攝未成年A女全裸之性影像，攸關被告之犯罪情狀，倘處以所犯之罪法定最低刑度，在客觀上是否顯然足以引起一般人之同情，有顯可憫恕之情，而有適用刑法第59條酌量減輕其刑規定之判斷。原判

決未予審究，復未就整體犯罪情狀觀察，僅憑被告於事發時甫滿18歲，思慮未盡周全，於原審審理時坦認犯罪事實，表示願意與A女進行民事上和解或調解，但因和解或調解之條件為賠償金額新臺幣（下同）40萬元，且需先給付頭期款15萬元，因被告近日家中失火，失業無工作，一時間無法湊足15萬元而未達成民事上調解，足認被告已盡力彌補過錯之犯後態度等情，即認客觀上以一般國民生活經驗及法律感情檢驗被告之犯罪情節及犯罪所生結果，屬情輕法重，而依刑法第59條規定予以酌減其刑，未詳予說明被告有何特殊之原因與環境，已難認妥適。又原判決據以認定被告已盡力彌補過錯之民事調解過程，依原審調解委員之回報單及被告之原審辯護人於114年11月13日言詞辯論後之同年月17日向原審所呈刑事陳報狀所載，「調解不成立，經調解委員當場改期，定於114年12月19日上午10時續行調解」（見原審卷第128、138頁）。嗣於114年12月19日第二次調解期日，被告原審之辯護人及告訴代理人均已到場，僅被告未到場，以致調解不成立(見原審卷第140頁)，依此可否逕認被告確實已盡力彌補過錯，而在客觀上以一般國民生活經驗及法律感情為之檢驗，可認確屬情輕法重？尚值研求。再者，原審審判期日審判長僅諭知「請檢察官、被告、辯護人就科刑範圍依序辯論。」並未曉諭檢察官、被告及原審辯護人就被告之行為是否符合刑法第59條酌量減輕其刑規定之要件，為必要之辯論，被告及其原審辯護人亦均稱：希望從輕量刑各等語，並未主張依刑法第59條規定酌減其刑，檢察官、被告、辯護人及告訴代理人均未就是否依刑法第59條規定酌減其刑一節表示意見(見原審卷第108至114頁)。原判決逕依刑法第59條規定予以酌減其刑，致檢察官上訴意旨執以指摘，難昭折服，有調查職責未盡及理由欠備之違誤。

四、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。且原判決上開違背法令之情形，影響於酌量減輕其刑事實之確定，本院無從自為判決，應認原判決關於以其他違反本人

意願之方法使少年被拍攝性影像部分，有撤銷發回更審之原因。

貳、不得上訴第三審(成年人故意對少年恐嚇危害安全)部分：

一、刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，而諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。

二、原判決認定被告有事實欄二所載成年人故意對少年犯恐嚇危害安全犯行，且原判決係依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑，而刑法第305條恐嚇危害安全罪之法定最重本刑為有期徒刑2年，經依刑法分則規定加重二分之一結果，其法定最重本刑為有期徒刑3年，仍屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定經第二審判決者，不得上訴於第三審法院之罪之案件。既經第二審判決，且無刑事訴訟法第376條第1項但書所定情形，依上述說明，不得上訴於第三審法院。檢察官猶就此部分提起上訴，為不合法，應予駁回。又此不得上訴第三審法院之規定，乃法律之明文，要不因原判決未予區分罪名，於原判決正本教示欄記載「如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院（即原審法院）提出上訴書狀」之旨，而受影響，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　18　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　吳秋宏

法　官　楊皓清

法　官　蘇素娥

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　115　年　　6　　月　　24　　日