

最高法院刑事判決

112年度台上字第870號

上訴人 陳脩沅（原名陳博橋）

楊家興

上列上訴人等因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國111年10月13日（下稱甲判決）、同年11月10日（下稱乙判決）第二審判決（110年度軍侵上訴字第2號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署107年度偵字第15276號、107年度軍偵字第28、29號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、陳脩沅（原名陳博橋）部分（即原審甲判決部分）：

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未依據卷內訴訟資料，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。又上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由為兩事。如上訴理由書狀非以判決違法為上訴理由，其上訴第三審之程式即有欠缺，應認上訴為不合法，依刑事訴訟法

01 第395條前段予以駁回。本件原審審理結果，認定上訴人陳
02 脩沅就甲判決部分，有其事實欄(下稱事實欄)所載之各犯行
03 明確，因而就事實欄一(一)部分，維持第一審論處陳脩沅犯
04 刑法第227條第3項之對於14歲以上未滿16歲之女子為性交罪
05 刑(共5罪刑，各處有期徒刑4月)，及定其應執行刑為有期徒
06 刑10月之判決，駁回其該部分在第二審之上訴；就事實欄一
07 (二)部分，則撤銷第一審關於此部分不當之科刑判決，改判
08 仍依想像競合犯之規定，從一重論處陳脩沅犯兒童及少年性
09 剝削防制條例第32條第2項之意圖營利媒介使少年為有對價
10 之性交行為罪刑(共1罪刑，處有期徒刑3年8月，尚想像競合
11 犯民國112年2月15日修正公布、同年月17日生效施行前【下
12 稱修正前】之同條例第36條第1項之拍攝少年為性交行為之
13 電子訊號罪、修正前同條例第38條第1項之散布少年為性交
14 行為之電子訊號罪、同條例第40條第2項之意圖營利以網際
15 網路刊登張貼足以引誘、媒介、暗示使少年有遭受為有對價
16 性交行為之虞之訊息罪)。俱已詳述認定犯罪事實所憑之證
17 據及其認定之理由。從形式上觀察，並無足以影響判決結果
18 之違法情形存在。

19 二、陳脩沅上訴意旨略以：

20 (一)陳脩沅與被害人即少年A1(真實姓名年籍詳卷，00年00月生)
21 於案發時為男女朋友，就事實欄一(一)部分之性交行為，係
22 經A1同意而合意為之，乃單純出於感情所發之自然舉動，此
23 部分犯行惡性並非重大。且陳脩沅已於原審與A1達成調解，
24 並依約履行，足認第一審判決後關於此部分犯行之科刑基礎
25 已有變更，原判決未審酌上情，竟維持第一審判決關於此部
26 分之量刑，且僅就事實欄一(二)部分撤銷第一審判決，並改
27 量處低於第一審判決該部分之刑，其理由內復未說明何以未
28 同時撤銷改量處較輕之刑，有理由不備、理由矛盾及違反不
29 利益變更禁止原則之違法。

30 (二)原審就事實欄一(二)部分之量刑，其理由欄說明係審酌：陳
31 脩沅利用未滿18歲、智慮未臻成熟之A1與其交往之機會，而

01 在網際網路上刊登、張貼性交易之訊息，並媒介A1與他人為
02 有對價之性交行為，且拍攝性交過程之數位照片及散布予不
03 特定人觀覽，嚴重影響A1之身體健康與正確性觀念之發展，
04 更扭曲其金錢價值觀，危害其身心發展，兼衡陳脩沅之犯罪
05 動機、目的、手段、利得，暨素行、○○○○之智識程度、
06 家庭生活及工作狀況，及於原審坦承犯行，並與A1達成調
07 解、同意賠償新臺幣(下同)25萬元等情狀，惟就刑法第57條
08 所定科刑審酌事項，僅抽象記載該條規定之應審酌事項，並
09 未具體說明其審酌內容，有判決理由不備之違法。

10 (三)警方係因陳脩沅之協助，查獲同案被告楊家興(詳見貳部分)
11 到案，足認犯後配合協助偵查機關緝獲其他犯人。此為犯後
12 態度所應審酌之要素。原審就事實欄一(一)、(二)部分之量
13 刑，均未審酌陳脩沅上情，有理由不備及調查職責未盡之違
14 法。

15 三、惟查：

16 (一)關於刑之量定，事實審法院本有依個案具體情節裁量之權
17 限，倘科刑時係以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條
18 各款所列情狀，而其所量之刑，倘未逾越法律所規定之範圍
19 (即裁量權行使之外部性界限)，亦無違反比例、公平及罪
20 刑相當原則者(即裁量權行使之內部性界限)，即不得任意
21 指為違法。由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法
22 院不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第370條第1項
23 前段定有明文，此即所謂「不利益禁止變更原則」。又量刑
24 之輕重，固屬事實審法院得依職權裁量之事項，惟仍應受罪
25 刑相當、比例原則及公平原則之限制，始為適法，此即所謂
26 「罪刑相當原則」。倘若第二審認定被告之犯罪情節較第一
27 審為輕微時，基於「罪刑相當原則」的要求，第二審量刑亦
28 應隨之減輕。第二審所認定之犯罪情節，如明顯輕於第一
29 審，且第二審之宣告刑等同第一審判決者，實際上無異諭知
30 較重於第一審之宣告刑，即難謂與「不利益變更禁止原則」
31 或「罪刑相當原則」無悖。反之，第二審所認定之犯罪情

01 節，倘非明顯輕於第一審，則第二審綜合審酌結果，認屬科
02 刑事項枝節之變動，尚不影響於量刑結果，因而維持第一審
03 之量刑，即無違法之可言。又量刑係法院就繫屬個案犯罪之
04 整體評價，量刑當否之判斷準據，應就判決整體觀察而為綜
05 合考量，不得摭拾其中片段或以單一量刑因子，遽予指摘量
06 刑不當。至於刑法第57條各款所列情狀，就與案件相關者，
07 法院既已依法調查，即可推認判決時已據以斟酌裁量，縱判
08 決僅具體論述個案量刑應予側重之一部情狀，其餘情狀以簡
09 略之方式呈現，倘無根據明顯錯誤之事實予以量定刑度之情
10 形，當亦無判決不載理由或所載理由矛盾之違法。

- 11 1. 卷查，原審就甲判決關於陳脩沅事實欄一(一)、(二)之科刑
12 部分，業於審判期日依法訊問調查，並依序由檢察官、陳脩
13 沅及其原審辯護人為科刑範圍之辯論(見原審公開卷第482至
14 483頁)。原審甲判決理由內就事實欄一(一)部分，載敘：
15 (1)陳脩沅所犯刑法第227條第3項之罪，其法定刑為7年以下
16 有期徒刑，本即非重，陳脩沅明知A1為未滿16歲之國中生，
17 仍與之多次為性交行為，並無何不得已之特殊原因與環境，
18 難認有何情輕法重，在客觀上足以引起一般同情之情。(2)
19 第一審判決就此部分犯行，其理由內說明：係以行為人責任
20 為基礎，審酌陳脩沅所為有害A1之身體健康與正確之性觀
21 念，暨其犯罪之動機、目的、手段，及其素行、智識程度、
22 家庭生活狀況等一切情狀，因而各量處有期徒刑4月，並定
23 其應執行刑為有期徒刑10月。因認其量刑妥適，因而駁回陳
24 脩沅主張第一審判決就該部分量刑過重及主張應依刑法第59
25 條規定酌減其刑之第二審上訴等旨(見原判決第8至9頁)。就
26 事實欄一(二)部分，則於撤銷改判理由內，說明：審酌陳脩
27 沅已於原審坦承犯行，並與A1達成調解，足認犯罪後態度稍
28 有改變，因而撤銷第一審關於該部分之科刑判決，並審酌陳
29 脩沅係利用與A1交往之機會，在網際網路上刊登、張貼性交
30 易之訊息，並媒介A1為有對價之性交行為，且拍攝A1與他人
31 性交過程之數位照片及散布予不特定人觀覽，嚴重影響A1之

01 身體健康與正確性觀念之發展，更扭曲其金錢價值觀，且危
02 害其身心發展甚鉅，暨陳脩沅之犯罪動機、目的、手段、不
03 法利得，及其素行、○○○○之智識程度、家庭生活狀況等
04 情，量處有期徒刑3年8月等旨(見原判決第7至8頁)。

05 2. 原審甲判決就其事實欄一(一)部分，說明第一審已就刑法第
06 57條各款情狀斟酌記述，兼顧相關有利與不利之科刑資料，
07 客觀上未逾越法定刑度及處斷刑之外部性界限，亦未與罪刑
08 相當原則扞格，難認有何濫用刑罰其裁量權限或違反內部性
09 界限之違法；就其事實欄一(二)部分，其量刑並已兼顧相關
10 有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪
11 刑相當原則無悖，難認有濫用裁量權限之違法或不當情形。
12 核此乃原審關於量刑裁量職權之適法行使，自不容任意指為
13 違法。第一審及原審經衡酌其犯罪情狀，就陳脩沅協助偵查
14 機關查獲楊家興之犯罪後態度，固未於科刑理由內說明，然
15 此乃犯罪後態度之因子，稽之第一審判決及原審甲判決既均
16 已將其犯罪後態度執為有利之量刑因子，自不得祇因理由內
17 未記載及此，或就其中部分科刑情狀記載較簡，遽指有科刑
18 事項審酌未盡或理由不備之違法。上訴意旨(一)執其於原審
19 與A1成立調解；上訴意旨(二)指摘原審甲判決未具體記載如
20 何審酌刑法第57條各款所定科刑事項；上訴意旨(三)指稱其
21 於偵查中配合偵查機關查獲楊家興之犯罪後態度，第一審及
22 原審甲判決均漏未審酌，執為有利之科刑事項，指摘原審甲
23 判決有違誤各云云。係就原審量刑職權之合法行使及已明白
24 說明其論斷之同一事項，摭拾單一量刑因子，指摘量刑不
25 當，均難認是合法之上訴第三審理由。

26 3. 原審甲判決就陳脩沅所犯事實欄一(一)部分，係維持第一審
27 判決之量刑，駁回陳脩沅關於此部分之第二審上訴，並未諭
28 知較重於第一審判決之刑。且稽之陳脩沅就此部分犯行，迭
29 於第一審坦承犯罪(見第一審公開卷二第136、269、271
30 頁)，且經第一審判決於其理由內審酌陳脩沅坦承此部分犯
31 行之犯罪後態度(見第一審判決第35頁)，原判決因認陳脩沅

01 與A1於原審達成調解之情，尚不影響第一審關於此部分量刑
02 妥當之認定，因而駁回陳脩沅就此部分在第二審之上訴。核
03 乃原審量刑職權之合法行使，且與原審甲判決就事實欄一
04 (二)部分，因認陳脩沅已於原審認罪，其科刑基礎已有變
05 更，因而撤銷改量處較輕之刑乙節，欠缺關聯性，亦無理由
06 矛盾之可言，自不得任意指為違法。上訴意旨(一)指摘原審
07 甲判決就事實欄一(一)部分，未審酌陳脩沅已於原審與A1達
08 成調解，且未說明何以未同時撤銷改量處較輕之刑，而有理
09 由不備、理由矛盾及違反不利益變更禁止原則等違法云云，
10 係執單一量刑因子，徒以自己之片面說詞，就原審量刑裁量
11 職權之合法行使，任意指摘，並非適法之第三審上訴理由。

12 (二)刑事訴訟法第379條第10款所稱應於審判期日調查之證據，
13 係指與待證事實有重要關係，在客觀上認為有調查的必要
14 性，並有調查的可能性，為認定事實、適用法律的基礎者而
15 言；倘事實業臻明確，自毋庸為無益的調查，亦無所謂未盡
16 證據調查職責的違法情形存在。卷查，陳脩沅於原審並未聲
17 請調查證據，且經原審審判長於審判期日詢以：「有何證據
18 請求調查？」檢察官、陳脩沅及其原審辯護人均答稱：「沒
19 有」(見原審公開卷第182、342、475頁)，顯見原審所踐行
20 之訴訟程序，已充分保障陳脩沅之訴訟權利。原審因認重要
21 事證均已明確，而未再依職權為其他無益之調查，難謂有應
22 於審判期日調查之證據而未予調查之違法。上訴意旨(三)另
23 泛指原審未審酌其於偵查中配合偵查機關查緝其他犯人等
24 情，而有調查職責未盡云云，難認是依據卷內訴訟資料所為
25 之具體指摘，同非適法之第三審上訴理由。

26 四、陳脩沅以上及其餘上訴意旨，或非依據卷內訴訟資料具體指
27 摘原判決有何違背法令之情形，或係置原判決所為明白論斷
28 於不顧，或係就事實審法院量刑裁量之合法行使或不影響判
29 決結果之枝節事項，徒以自己說詞，任意指為違法，核與法
30 律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，應認陳脩
31 沅之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。上開得上訴第三

01 審部分之上訴，既因不合法而從程序上予以駁回，無從為實
02 體之判決，則關於其想像競合犯不得上訴第三審之修正前兒
03 童及少年性剝削防制條例第38條第1項之散布少年為性交行
04 為之電子訊號罪部分(第一、二審均為有罪之論斷)，即無從
05 適用審判不可分之原則，併為實體上裁判，應從程序上予以
06 駁回。本件既從程序上駁回，陳脩沅請求本院撤銷原判決，
07 自為其他適法之判決，自無從審酌；另陳脩沅行為後，兒童
08 及少年性剝削防制條例第36條第1項於112年2月15日修正公
09 布，同年月17日生效施行，經比較新舊法結果，修正後之規
10 定並未較有利於上訴人，應適用行為時法，原判決雖未及為
11 新舊法比較適用，然於判決結果無影響。均併此敘明。

12 貳、上訴人楊家興關於原審乙判決事實欄一(一)之轉讓禁藥部分
13 及事實欄一(二)、(三)之現役軍人成年人對未成年人轉讓第
14 二級毒品部分：

15 一、按上訴得對於判決之一部為之，刑事訴訟法第348條第1項定
16 有明文。苟上訴聲明未明示僅就判決之一部為之者，解釋上
17 即應認上訴人係對於判決之全部提起上訴，俾符上訴人之利
18 益暨上訴聲明之本旨。楊家興對原審乙判決不服，提起上
19 訴，所具「刑事上訴狀」記載：「頃接獲臺灣高等法院上揭
20 案號刑事判決，……依法提起上訴」之旨。其既未聲明為一
21 部上訴，依前揭規定，就原判決事實欄一(一)之轉讓禁藥部
22 分及事實欄一(二)、(三)之現役軍人成年人對未成年人轉讓
23 第二級毒品罪部分，應認為全部上訴。

24 二、第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提
25 起上訴後20日內補提理由書於原審法院；未補提者，毋庸命
26 其補提。其已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提
27 出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之。刑事訴訟
28 法第382條第1項、第395條後段規定甚明。

29 三、楊家興於111年11月30日提起上訴，其刑事上訴狀僅記載
30 「上訴理由容後補陳」(見本院卷第51頁)，關於原審乙判決
31 事實欄一(一)之轉讓禁藥罪部分，及事實欄一(二)、(三)之

01 現役軍人成年人對未成年人轉讓第二級毒品罪部分，均未敘
02 述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依前揭
03 規定，此部分上訴，並非合法，應予駁回。至原判決事實欄
04 一(二)、(三)之關於18歲以上之人與16歲以上未滿18歲之人
05 為有對價之性交行為罪部分，業經原審法院另以裁定駁回其
06 上訴確定，非本院審理範圍，附此敘明。

07 參、楊家興關於原審乙判決理由欄貳、無罪諭知部分：

08 按刑事被告之上訴，以受有不利益之判決，為求自己利益起
09 見請求救濟者，始得為之。本件原審乙判決就楊家興被訴涉
10 犯毒品危害防制條例第9條第1項、第8條第2項之成年人對未
11 成年人轉讓第二級毒品罪嫌部分(即起訴書附表二編號5部
12 分)，係維持第一審關於該部分諭知無罪之判決，駁回檢察
13 官就該部分在第二審之上訴，對於楊家興並無不利，其就此
14 一併提起上訴，顯為法所不許，亦應駁回。

15 據上論結，應依刑事訴訟法第395條，判決如主文。

16 中 華 民 國 112 年 3 月 24 日

17 刑事第二庭審判長法官 林勤純

18 法官 林瑞斌

19 法官 蔡新毅

20 法官 王敏慧

21 法官 吳秋宏

22 本件正本證明與原本無異

23 書記官 王麗智

24 中 華 民 國 112 年 3 月 28 日