最高法院刑事判決

113年度台上字第3927號

上訴人 呂承恩

選任辯護人 劉興峯律師

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國113年5月28日第二審判決（113年度侵上訴字第36號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署111年度偵字第59986號，112年度偵字第16123號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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。本件原判決認定上訴人呂承恩有如其事實欄即其附表一、附表二、附表三編號1至5、9、10、14、15、17、附表四、附表五編號1至6、8、附表六編號1、2、附表七編號1至4、6、附表八、附表九編號1至51、附表十、附表十一編號1至19所載犯行明確，因而撤銷第一審關於上開有罪部分之判決，並均依想像競合犯之列，分別從一重以對於未滿14歲之女子為性交罪、以他法使兒童（少年）被拍攝猥褻行為之電子訊號罪，或成年人故意對少年犯利用權勢為性交罪處斷，分別論處同上附表各「本院認定」欄所示罪刑，並定其應執行有期徒刑26年，暨諭知附表十二

01 所示物品均沒收。已詳述其所憑證據及認定之理由，俱有卷
02 證資料可資覆按。

03 二、上訴人上訴意旨略以：①伊拍攝A女(姓名年籍均詳卷)等被
04 害兒童或少年猥褻或性交行為之照片，僅以單純詢問之方
05 式，並無利用與兒童或少年之監督關係而拍攝上開照片之犯
06 意，亦未對施以使其等屈從而被拍攝之手段，伊所為應僅成
07 立兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之罪，原判決論
08 處同條第2項之罪，顯有違誤。②原判決關於附表三編號1
09 7，此部分第一審判決係論以修正前兒童及少年性剝削防制
10 條例第36條第2項之罪，原判決則論以刑法第228條第1項之
11 利用權勢性交罪，上開2罪，以第一審之罪名為重，原判決
12 既撤銷改論以較輕之罪名，卻科處較重之宣告刑，已有違
13 誤。另就附表十一編號11、12、14所示3罪，原判決既論處
14 與第一審判決相同之罪名，並未說明有何加重刑度之理由，
15 卻對該3罪均諭知較第一審判決為重之宣告刑，亦違反不利
16 益變更禁止原則。③伊於原審已坦認全部犯行，並表示願意
17 賠償被害人等，然原判決對上開量刑有利因子，僅在附表四
18 編號2至4、附表六編號1、附表九編號26、27，及附表十一
19 編號16所示7罪予以審酌，而改判較第一審判決為輕之宣告
20 刑，其餘他罪之刑期均未有任何減輕，未說明其理由，有理
21 由不備之違法。④原判決就伊所犯各罪所處徒刑，於定應執
22 行刑之前，未委請相關專業領域之鑑定人、機關、團體，就
23 伊有無更生可能性為相關鑑定，或提出量刑前社會調查報
24 告，亦未考量伊已35歲，僅憑卷證資料，率爾判處應執行有
25 期徒刑26年，該刑期已趨近數罪併罰關於有期徒刑之30年定
26 刑上限，實與無期徒刑無異，不利伊復歸社會，亦有調查未
27 盡之違法。⑤附表五編號8所示照片，僅係伊與未滿12歲之I
28 女(姓名年籍均詳卷)合端蛋糕之合照內容，非屬猥褻或性交
29 行為，原判決就此部分予以論罪科刑，自有違誤云云。

30 三、證據之取捨及事實之認定，屬事實審法院之職權，倘其採證
31 認事並未違背相關證據法則，且於理由內詳述其取捨證據及

01 得心證之理由者，即不能任意指為違法而執為適法之第三審
02 上訴理由。原判決依憑證人王力中、黃晉寬證稱上訴人負責
03 經營本案道館，並擔任跆拳道主教練，實際教督學員等語，
04 及上訴人就其對附表一至十一所示未成年女子實質上具有監
05 督、服從關係之情亦不爭執，認為附表一至十一所示未成年
06 女子均因教育、訓練關係而受上訴人監督之人。再參酌上訴
07 人明知其道館學員於案發時為未滿12歲之兒童、未滿14歲或
08 滿14歲之少年，仍以道館主教練之身分將附表一至十一所示
09 被害人等單獨叫進本案小房間，為猥褻、性交行為及拍攝上
10 開行為數位照片之情，暨證人即被害人A女、C女、E女、I
11 女、K女、M女、U女(姓名年籍均詳卷)等證稱其等在本案道
12 館上課期間，被上訴人單獨叫進本案小房間為附表所示等猥
13 褻行為及拍照時，感覺不舒服，內心亦不喜歡，但不敢說不
14 要等語，或證述上訴人有時會問可否拍照，雖不喜歡，但亦
15 不敢說不要等情，及附表一至十一「證據」欄所載數位照片
16 等卷附相關證據資料，因認上訴人對附表所示被害人等為拍
17 攝等行為時，係利用其身為教練之身分，使長期在道館接受
18 監督、指導修習跆拳道之附表一至十一所示之年幼被害人
19 等，均迫於權勢而屈從順服，可見被害人等並非因上訴人之
20 誘惑而同意被拍攝，上訴人所為亦與完全出於自願而同意被
21 拍攝之情形有別，據以認定上訴人有利用權勢使年幼之被害
22 人等學員被拍攝性交或猥褻行為之數位照片等犯行，已詳述
23 其所憑證據及理由，核其論斷，尚無違反經驗及論理法則，
24 並有卷證資料可佐，此屬原審採證認事職權之適法行使，自
25 不得任意指為違法。上訴意旨^①仍執前詞，指摘原判決不
26 當，尚非合法之第三審上訴理由。

27 四、刑之量定，係實體法賦予事實審法院在法定範圍內得依職權
28 自由裁量之事項，苟裁量權之行使無所逾越或濫用，而無明
29 顯違背公平、比例及罪刑相當原則者，自不得任意指為違
30 法。^①附表三編號17所示上訴人利用權勢，對甫滿14歲之E
31 女(姓名年籍均詳卷)為猥褻、性交行為及持手機拍攝上開行

01 為部分，原判決已說明：上訴人所為猥褻、性交行為，係同
02 時該當「刑法第227條第3項」及「兒童及少年福利與權益保
03 障法(下稱兒少法)第112第1項前段、刑法第228條第1項」之
04 犯罪構成要件，依法條競合關係，應擇較重之「兒少法第11
05 2條第1項前段、刑法第228條第1項」罪（此罪乃刑分加重之
06 獨立罪名，其法定刑加重結果已調整為7月以上7年6月以下）
07 論處，而非「刑法第227條第3項」之罪。上訴人一行為同時
08 觸犯「兒少法第112條第1項前段、刑法第228條第1項之
09 罪」、「修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之
10 之罪(徒刑之法定刑為1年以上7年以下)」，依想像競合犯規
11 定，應從重以「兒少法第112條第1項前段、刑法第228條第1
12 項」之罪處斷，而非論處「修正前兒童及少年性剝削防制條
13 例第36條第2項」之輕罪等旨綦詳。則原判決撤銷改諭知上
14 開較重之罪名，並科處比第一審為重之宣告刑，於法無違。

15 ②原判決對於附表十一編號11、12、14所示等犯行，已認定
16 上訴人係利用未滿12歲之被害人U女，因教育、訓練關係為
17 受其監督之人，使U女受限該監督關係而屈從順服上訴人各
18 該附表編號等行為，並說明被害人係迫於上訴人之權勢而屈
19 從，已該當兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項所指
20 「以他法」之要件，並非受上訴人之教練身分所勾引、誘惑
21 而同意，因認第一審判決關於此部分之認定有誤，原判決既
22 認定上訴人係利用權勢使被害人隱忍屈從而任令其拍攝，此
23 部分犯罪情節及不法內涵程度本較第一審判決為重。則原判
24 決就附表十一編號11、12部分，撤銷改從重論處修法前兒童
25 及少年性剝削防制條例第36條第2項之以「他法」使兒童被
26 拍攝猥褻行為電子訊號罪，並量處較第一審為重之刑，難認
27 於法有違。另原判決撤銷編號14部分，雖仍從重論處與第一
28 審判決相同之對於未滿14歲女子為性交罪，然其想像競合係
29 犯修法前兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之以「他
30 法」使兒童被拍攝猥褻行為電子訊號罪，而非同項之「引
31 誘」，其犯罪手法及情節均較第一審判決為重，改科處較第

01 一審為重之刑，於法尚無違誤，亦無上訴人所指違反不利益
02 變更禁止原則之情形。縱原判決對此3罪撤銷改判較重之宣
03 告刑，其理由之說明雖略嫌簡略，仍與判決違法之情形有
04 間。上訴意旨②執此指摘原判決不當，自非合法之第三審上
05 訴理由。又原判決於量刑時，以上訴人之責任為基礎，依刑
06 法第57條各款所列事項，綜合上訴人於原審審理期間終坦認
07 全部犯行不諱，且表示有意賠償被害人等犯後態度，以及各
08 罪之犯罪情節、行為人情狀等一切事由，並依犯行之不法及
09 罪責內涵是否重於第一審，分別量處如其附表一至十一所示
10 等較第一審判決為重、輕或相同刑度之刑，尚無違法或明顯
11 不當之情形。上訴意旨③主張其於原審已坦承犯行，指摘原
12 判決未全部改判較輕之刑為不當云云，於法無據。再者，法
13 院為判斷被告有無更生可能性，固得視個案情形，決定是否
14 實施量刑前調查或情狀鑑定，然若非屬殺人等重大刑案，且
15 經法院調查證據之結果，被告之犯罪動機並無顯然難以理解
16 之處、犯罪行為亦無受疾病或心理異常影響之可能，參照其
17 犯罪情狀，復無選科死刑或無期徒刑之可能性者，縱未進行
18 量刑前調查或情狀鑑定，亦難認有調查未盡之違法可言。本
19 件上訴人所犯之罪，並非殺人等重大刑事案件，原判決審酌
20 上訴人之犯罪期間非短，拍攝兒童、少年性交猥褻行為之照
21 片檔案張數達數百張，被害人多達11名，所犯罪數共109
22 罪，其犯罪情節重大，兼衡刑罰經濟與公平、比例等原則，
23 科處各罪之宣告刑，並定其應執行刑，尚無違背公平、比例
24 及罪刑相當原則，亦無明顯裁量權濫用之情形。上訴意旨④
25 泛謂原審未進行量刑前調查或情狀鑑定，而指摘原判決有調
26 查未盡及量刑不當之違誤，難據有據，同非合法之第三審上
27 訴理由。

28 五、綜上，本件上訴意旨並未依據卷內資料具體指摘原判決究有
29 如何違背法令之情形，徒就原審採證認事及量刑職權之適法
30 行使，暨原判決已明確論斷說明之事項，任意加以指摘，復
31 於提起第三審上訴時始主張原判決附表五編號8所示僅係共

01 捧蛋糕之合照，非屬猥褻行為，請求加以調查，惟本院為法
02 律審，並不具有此項職責，況且，上開數位照片內容係上訴
03 人擁吻未滿12歲之I女，並非僅係合端蛋糕，有卷證資料可
04 佐，是上訴意旨⑤所云，顯與法律規定得為第三審上訴理由
05 之違法情形不相適合。揆諸前揭規定及說明，其上訴均為違
06 背法律上之程式，應併予駁回。

07 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

08 中 華 民 國 113 年 10 月 8 日

09 刑事第七庭審判長法官 林恆吉

10 法官 蔡憲德

11 法官 楊力進

12 法官 陳德民

13 法官 林靜芬

14 本件正本證明與原本無異

15 書記官 林宜勳

16 中 華 民 國 113 年 10 月 14 日