

最高法院刑事判決

114年度台上字第3551號

上訴人 范揚祖

選任辯護人 林彥廷律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年5月29日第二審判決（114年度侵上訴字第4號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第19711、23996號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審關於上訴人范揚祖所犯如其附表（下稱附表）編號1至7所示之宣告刑及定其應執行刑部分之判決，改判處上訴人如附表編號1至7所示「本院（即原審）主文欄」所示之刑，並定應執行有期徒刑10年。固非無見。

二、惟按，刑事訴訟法第348條第3項規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」固採上訴「罪」與「刑」二者可分之立法模式，然如判決之各部分具有在審判上無從分割之關係，因一部上訴而其全部必受影響者，該有關係而未聲明上訴之部分，除有同法第348條第2項但書規定之無罪、免訴或不受理者外，依同條項前段所定「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴」，仍應成為上訴審審判之範圍。是倘上訴權人未明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部分上訴，復無前開刑事訴訟法第348條第2項但書不得視為亦已上訴之情形，即應認就原判決之全部提起上訴，而應予全部審理及判決，否則即有刑事訴訟法第379條第12款所規定已受請求之事項未予判決之違法。又科刑判決宣示之主文，如與所載之事實及理由未能互相適合

者，其判決即屬所載理由矛盾之情形，為同上法條第14款規定之當然違背法令。而此等當然違背法令情形，依刑事訴訟法第393條第1款規定，均為本院得依職權調查之事項。

三、經查，本件上訴人於原審並未明示僅就第一審判決之宣告刑及所定之應執行刑部分上訴，依其所提出之刑事聲明上訴狀已載明「不服原審判決內容之『刑責及刑度』」（見原審卷第37頁），並在其刑事上訴理由狀稱：上訴人拍攝照片之行為應適用兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項，而非原判決引用第一審判決所適用之同條第3項，另亦主張所為猥褻犯行部分，應僅屬刑法第227條第2項之對幼女猥褻罪等語，有其刑事上訴理由狀在卷可稽（見原審卷第39至44頁）。嗣於原審行準備程序時，除重申其上訴狀所載上訴意旨外，並指稱第一審判決適用法條不當，表示係對第一審法律適用及量刑部分上訴等語，有其準備程序筆錄可憑（見原審卷第87、88頁），迄於原審審判期日亦同此主張，有原審審判期日筆錄可按（見原審卷第197、198頁）。足認上訴人並非僅就第一審判決關於刑及應執行刑部分上訴，縱其於原審準備程序曾表示對第一審認定之犯罪事實及沒收均不爭執，亦僅能認其係對客觀發生之基本事實及相關之沒收未再爭執，非謂此部分不在其上訴範圍之內。是依上所述，應認上訴人對於第一審判決係全部上訴，原審自應就全部犯罪事實及相關量刑、沒收均予審理、判決。則原判決對於上訴人之上訴部分，既引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，而於事實認定上訴人有本件如附表所示之違反意願拍攝兒童性影像及對未滿14歲幼女強制猥褻等犯行，復於理由說明檢察官上訴針對第一審判決關於刑之量定失於輕縱之指摘部分，為有理由，乃予撤銷改判；上訴人上訴意旨指摘不應適用兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之罪名，應僅成立同條第1項之罪，及本件應有刑法第59條之適用等語，係如何不足採信，而為無理由，但第一審量刑及定執行刑部分有所不當，仍應撤銷改判之審理結果以觀，原審似就上訴

人所犯之本件全部罪刑予以審判。則依前揭所述，原審縱認第一審之論罪部分尚無不合，僅其刑之量定不當，依審判罪刑不可分之原則，仍應將第一審判決全部即關於罪（犯罪事實及論罪）、刑及沒收部分均予審理並撤銷自為判決。乃原判決就本件罪刑於事實、理由予以全部說明、論處如何審理後，卻於主文祇單獨諭知「原判決（即第一審判決）關於范揚祖所犯如附表編號1至7所示刑之部分，及原判決（即第一審判決）關於定應執行刑部分，均撤銷。上開撤銷改判部分，范揚祖處如附表編號1至7所示『本院（即原審）主文欄』所示之刑。應執行有期徒刑拾年。」等語，顯僅就關於第一審之「刑及所定應執行刑」部分予以撤銷改判，而未及於上訴人所犯如附表所示之各次犯罪事實及沒收部分，此於原判決理由肆、伍亦僅說明撤銷改判第一審關於量刑及定執行刑部分，與如何改判量刑暨重定應執行刑等情，益徵明顯。從而，原判決主文之諭知與其審理範圍應包含事實及理由顯有齟齬，且亦悖於罪刑不可分原則，自有已受請求事項未予判決並判決主文與理由矛盾之當然違背法令。

四、上訴意旨雖未指摘及此，然此係本院得依職權調查之事項，且上述違背法令情形，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 114 年 8 月 21 日

刑事第二庭審判長法官 林立華

法官 王敏慧

法官 李麗珠

法官 陳如玲

法官 莊松泉

本件正本證明與原本無異

書記官 李淳智

中 華 民 國 114 年 8 月 26 日