最高法院刑事判決

114年度台上字第6505號

上　訴　人　王○鵬

選任辯護人　陳曉鳴律師

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8月21日第二審判決（114年度侵上訴字第725號，起訴案號：臺灣雲林地方檢察署111年度偵字第7939、7940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。如上訴理由書狀未依卷內訴訟資料，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。第一審判決認定上訴人王○鵬有如其犯罪事實欄一㈠、一㈡（下各稱犯罪事實一㈠、一㈡）所載犯行，就犯罪事實一㈠部分論處與14歲以上未滿16歲之人為有對價之性交行為1罪刑；就犯罪事實一㈡部分均依想像競合犯關係從一重論處以脅迫、詐術方式使少年為有對價之性交行為共3罪刑（均兼論強制性交罪，其中2件並兼論修正前兒童及少年性剝削防制條例〔下稱兒少性剝削條例〕第36條第3項之以脅迫方式，使少年被拍攝性交行為之影片及電子訊號罪），並定應執行之刑，及諭知相關之沒收。嗣上訴人提起第二審上訴，就犯罪事實一㈠部分明示僅對量刑部分為之，就犯罪事實一㈡部分則全部上訴。乃原審就犯罪事實一㈠部分以第一審判決所認定之犯罪事實及論罪為審查之基

礎，並就犯罪事實一㈡部分全部為審理後，認為第一審判決並無違法不當而均予維持，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其理由。

二、上訴人上訴意旨略以：

㈠犯罪事實一㈠部分—

原審量刑程序違反刑事訴訟法第288條第4項，於訊問被訴事實前，即就上訴人與本案無關之品格證據（前案紀錄及另案供詞）進行調查，產生偏頗效應，違反比例及公平原則。且原審據以參考同樣為上訴人與本案相近期間所犯之前案，並非係前案查獲後再犯本案，卻逕認其素行不佳，就性質相似之本案犯行處以高達10倍之刑期。又經以AI量刑資訊系統檢索近15年所有地方法院適用刑法第227條第3項對14歲以上未滿16歲之人為性交罪判決之案例，其就無累犯因子者量處之最低刑度有期徒刑（下同）2月、平均刑度5.5月、最高刑度6年6月；就有累犯因子者量處之刑度最低刑度3月、平均刑度7.1月、最高刑度8年。第一審以上訴人前有妨害性自主、違反兒少性剝削條例等前科紀錄，逕認上訴人素行甚差，未區分上訴人是否於前案查獲後再犯本案，且量處3年之刑期，高出前述手法相似案件之平均刑度，裁量顯屬濫權且違反比例原則。再其適用兒少性剝削條例第31條第1項關於犯罪對象為未滿16歲之人之規定論罪，於量刑時又以「考量被告明知A女為未滿16歲之少年，身心發展未臻健全，智慮較為淺薄…」，有違禁止構成要件雙重評價原則。另上訴人願盡力補償告訴人，雖終未成立和解，原判決未區分該原因是否可完全歸責於上訴人，量刑自有偏執。

㈡犯罪事實一㈡部分—

原判決認定事實不憑證據，僅依憑告訴人即行為時為少年之A女（民國00年0月生，真實姓名、年籍均詳卷）單方指訴，欠缺積極證據證明上訴人曾以「曝光性交影片」等脅迫手段違反告訴人意願。反觀卷內通訊軟體LINE對話紀錄顯示雙方關係親密，上訴人對告訴人極為關心，且告訴人曾主動聯

繫，難認有長期受迫之情。此外，原審所採之精神鑑定報告僅依起訴書及告訴人陳述，完全未審酌卷內有利於上訴人之通訊資料，其鑑定前提事實缺漏，結論之可信性存疑，其判決認事用法與調查程序均有違法云云。

三、經查：

㈠刑事訴訟法第288條第3項、第4項規定，除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之。又同法第289條第2項前段規定，檢察官、被告、辯護人就事實及法律分別辯論後，應命依同一次序，就科刑範圍辯論之。惟此等規定係就被告之犯罪與科刑均同屬審判範圍情形而言。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。倘因上開一部上訴之規定，而使上級審審理範圍僅限於第一審判決之刑，而未及第一審判決之罪部分，因罪、刑既已分離，顯無影響法官量刑裁量預斷之顧慮，審判長不再就被告被訴事實為訊問，於踐行科刑證據資料調查程序時，即無審判長將屬於品格證據範疇、單純科刑情狀事實，於就被訴事實訊問前進行科刑證據資料調查之可言。前揭上訴意旨指摘原審審理犯罪事實一㈠部分，有違反前開關於就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之規定之程序，然上訴人就此部分既明示僅就量刑部分上訴，原審並本於第一審判決所認定之犯罪事實及論罪為審查基礎，乃審判長不再就被告被訴事實為訊問，自無所謂於踐行科刑證據資料調查程序時，將屬於品格證據範疇、單純科刑情狀事實，於就被訴事實訊問前進行科刑證據資料調查之可言，是上訴意旨以此指摘原審就犯罪事實一㈠部分之審理程序違法云云，自屬無的。至於上訴人除上開犯罪事實一㈠以外，其就犯罪事實一㈡之上訴既仍針對第一審判決全部為之，卷查原審於審判期日對此二部分之上訴為科刑資料調查前，係先就犯罪事實一㈡部分之被訴事實證據調查程序，過程中雖曾提示與上訴人另案相關之

供述證據及判決資料，然此除未據上訴意旨作何指摘之外，依前開上訴意旨，上訴人於本案發生之同一期間既另有數筆性質相類之犯案紀錄，嗣並均已經其他法院判決確定，而依原審審判筆錄所示，上訴人於原審行審判程序期日開始調查證據前，對於本案相關之犯行既曾向合議庭表示：「時間真的太久了，我沒辦法記那麼清楚…」等語（見原審卷第232頁），則原審或為使上訴人不致混淆以保障其訴訟上權益，於調查證據同時並提示相關之另案資料供對照，嗣並均為上訴人及其辯護人表示沒有意見（見原審卷第233頁至第252頁），依其情節除有助於上訴人訴訟權利之維護外，並顯然於判決尚無影響，亦難認為於法即有未合。

㈡證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，復已敘明取捨證據之心證理由者，即不得任意指為違法而執為第三審上訴之適法理由。原判決依憑上訴人之供述，佐以證人即告訴人之指證、證人程郁翔之證述，及上訴人與告訴人之LINE對話紀錄、通訊對話譯文、個案摘要表、精神科鑑定報告書、LINE群組對話紀錄、警方鑑識報告等證據資料，認定上訴人如犯罪事實一㈡所示，於106年7月至107年2月間以脅迫、詐術方式對告訴人犯使少年為有對價之性交犯行，已詳敘其憑據及理由，其中就認定上訴人以脅迫及詐術方式而違反告訴人意願所為之事實，猶具體指明其認定事實所依據之上訴人供述、告訴人證述，及二人之LINE對話截圖為據，並非單憑告訴人之指述；對於上訴人所為之相關辯解，何以係卸責之詞而不足採信，亦依據卷內資料詳予指駁說明（見原判決第11頁至第14頁）。核原判決之論斷，尚與經驗、論理及相關證據法則無違。上訴意旨指摘原判決未將卷內顯示上訴人對告訴人極為關心等內容之LINE對話紀錄為有利之判斷，並未據鑑定人將此納入參考云云，然原判決既依前開上訴人之供述等事證，認定本件上訴人係利用通訊軟體對話以達藉分飾二角、兼扮黑臉、白臉之方式，對告訴人施以脅迫、詐術，則其在通訊

中有部分角色係假意對告訴人表達善意，原屬實行犯罪而採取之詐偽手段，其情節除益加彰顯上訴人之險惡用心外，尚無從據為認定其主觀上有何善意之表現，遑論作為以鑑定告訴人身心受創情形為內容之精神鑑定參考，是上訴人上訴意旨徒執泛詞，任意指摘原判決有採證認事之違誤，亦非合法之第三審上訴理由。

㈢刑罰之量定，係實體法賦予法院得自由裁量之事項，其科刑輕重之審斷，倘符合規範體系及目的，於裁量權之行使無所逾越或濫用，且無明顯違背公平、比例及罪刑相當原則者，即不得任意指摘而執為適法之第三審上訴理由。原判決關於量刑部分，係以上訴人之責任為基礎，依刑法第57條所列各款事項而為量刑，既未逾越法定刑範圍，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，核屬裁量權之適法行使，自難遽指為違法。上訴意旨雖以前開關於第一審判決量刑審酌欄記載之內容資為指摘，然姑不論其指為第一審判決量刑有重複評價情形者，依該判決原文之記載既為：「又審酌被告『明知』A女為未滿16歲之少年，身心發展未臻健全，智慮較為淺薄…」等語，原在指明所考量為上訴人犯罪之主觀惡性係出於直接故意，有別於間接故意之犯罪態樣，要無所謂就被害人年齡之因子為重複評價情事；縱就關於上訴人素行部分之審酌，原判決既於臚列第一審判決所述內容之餘（見原判決第2頁第12至25行），並已詳述其判決裁量所憑之依據（原判決第2頁第26行至第3頁第28行），對上訴人於同一期間另以類似手法對其他被害少女犯罪案件之相關素行情狀更為具體敘明，原不至於誤認為係本件犯行前已經查獲並判決確定，亦難認原判決就此作為量刑依據之事實認定有何違誤。至於司法量刑資訊系統查詢所得之量刑分布，係照各法院酌量個案情形之統計結果，供法官量刑參考，尚無拘束法官斟酌個案情節所為刑之裁量，不同之具體個案情節有別，原不得逕予比附援引，遑論上訴意旨所舉，乃單純犯刑法第227條第3項，即對14歲以上未滿16歲之人為性交行

為之例，其法定構成要件較本案適用罪名，即兼以針對有對價性交易為內涵之兒少性剝削條例第31條第1項規定，於評價上尤已無從比擬。是上訴意旨執此提起上訴，同非適法之上訴第三審理由。

四、綜上，上訴人上訴意旨並非依據卷內資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒憑己意而任意指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，依首揭規定及說明，其上訴均為違背法律上之程序，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　1　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉

法　官　林靜芬

法　官　蔡憲德

法　官　林柏泓

法　官　陳松檀

本件正本證明與原本無異

書記官　石于倩

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　7　　日