最高法院刑事判決

115年度台上字第2618號

上　訴　人　黃裕騰

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國115年2月24日第二審判決（114年度上訴字第1411號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第48113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。

二、原判決以第一審判決所認定上訴人黃裕騰有如第一審判決犯罪事實欄(下稱事實欄)一之㈠所載犯行，以及所犯罪名，因而維持第一審關於此所處之刑部分之判決，駁回上訴人明示僅就此量刑一部在第二審之上訴。已詳細敘述第一審判決就此之量刑，並無違誤，應予維持之理由。

又原審審理結果，認定上訴人有如原判決事實欄一之㈡所載之犯行。因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條（兒童及少年性剝削防制條例第36條第3項之以詐術製造少年性影像罪），依想像競合犯規定，從一重論處上訴人犯民國113年8月7日修正公布、同年月9日施行前（下稱修正前）之兒童及

少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪刑（想像競合犯刑法第227條第4項之對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻罪）。並就上開撤銷改判及上訴駁回所處有期徒刑，合併定其應執行刑。已詳述調查、取捨證據之結果，以及認定犯罪事實、所犯罪名、量刑與定應執行刑之理由。

三、上訴意旨略稱：

依上訴人一時失慮而罹刑章，且犯後坦承犯行，並與告訴人即被害人乙女（代號：BF000-Z000000000，真實姓名、年籍均詳卷）、丙女（代號：BN000-Z000000000，真實姓名、年籍均詳卷）之祖母（代號：BN000-Z000000000A，真實姓名、年籍均詳卷）成立民事上調解、履行賠償，犯後態度良好等犯罪情狀，若科以所犯引誘兒童自行拍攝性影像罪、拍攝少年性影像罪之最低法定刑，猶嫌過重，客觀上足以引起一般人之同情，犯罪情狀顯可憫恕，符合刑法第59條酌量減輕其刑之規定。原判決未據以酌減其刑，且未詳加審酌其犯罪情狀與一般同類案件有別，以及刑法第57條各款所列量刑輕重應審酌之事項，致所為量刑（包含定應執行刑）過重，違反比例原則、平等原則及罪刑相當原則，並有理由不備之違法。

四、經查：

㈠刑法第59條酌量減輕其刑，乃實體法上賦予事實審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。

原判決說明：上訴人之犯行，並無特殊之原因與環境，倘科以其所犯兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項之引誘兒童自行拍攝性影像罪、修正前同條例第36條第1項之拍攝少年性影像罪之最低法定刑，仍有情輕法重、情堪憫恕之情形，於客觀上顯然不足以引起一般人之同情，不符刑法第59條酌量減輕其刑規定之旨。依上開說明，於法並無不合。此

部分上訴意旨，猶任意指稱：原判決未適用刑法第59條規定酌減其刑違法云云，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

㈡量刑之輕重及執行刑之酌定，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘未逾越法律所規定之範圍，又未違背罪刑相當原則，即不得任意指摘為違法。

第一審審酌上訴人關於引誘兒童自行拍攝性影像犯行之手段、所生危害，以及坦承犯行、與乙女成立調解之犯後態度，暨其有違反兒童及少年性剝削防制條例前案(判處緩刑確定)之素行等一切情狀，而為量刑，尚稱妥適之旨，而予維持。並說明：審酌上訴人拍攝少年性影像犯行之犯罪手段、所生危害，以及坦承犯行、與丙女之祖母成立民事上調解之犯後態度等一切情狀，據以量刑。暨就上開撤銷改判及上訴駁回所處之刑，合併定應執行有期徒刑3年9月。已以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第57條各款所列情形，據以量刑，復無畸輕畸重之情形，既未逾法定刑度，又未濫用裁量之權限，亦無違背罪刑相當原則，即不得任意指為違法。此部分上訴意旨，猶泛言指摘：原判決之量刑及定應執行刑均過重違法云云，並非合法之第三審上訴理由。

五、綜上，本件上訴意旨，係就原審量刑裁量職權之適法行使，或原判決已明白論斷、說明之事項，仍持己見，漫為指摘違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。應認本件關於引誘兒童自行拍攝性影像罪、拍攝少年性影像罪部分之上訴，均為不合法律上之程式，予以駁回。

又原判決認定上訴人想像競合犯刑法第227條第4項對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻罪，係屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定經第二審判決者，不得上訴第三審法院之罪，且無例外得提起第三審上訴之情形。上訴人關於拍攝少年性影像罪部分之上訴，既不合法，而從程序上予以駁回，則上訴人所犯對於14歲以上未滿16歲之女子為猥褻罪，無從併為實體審理，應從程序上逕予駁回。

再本件係以上訴不合法律上之程式，駁回上訴，上訴意旨請求本院依刑法第59條規定酌量減輕其刑一節，即無從審酌，併予敘明。

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　　8　　月　　6　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　蘇素娥

法　官　吳秋宏

法　官　楊皓清

法　官　周政達

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡茹

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　10　　日