最高法院刑事判決

115年度台上字第4029號

上　訴　人　B男（人別資料詳卷）

選任辯護人　吳譽珅律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國115年4月9日第二審判決（114年度上訴字第654號，起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署113年度偵字第17552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、本件原審審理結果，認為上訴人B男有原判決事實欄所載違反兒童及少年性剝削防制條例之犯行明確，因而撤銷第一審判決關於違反意願製造少年性影像罪（即第一審判決附表〈下稱附表〉甲編號1）及所定應執行刑部分，變更檢察官起訴法條，改判論處犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項製造少年之性影像罪刑及沒收，已詳敘其調查、取捨證據之結果及得心證之理由。另原判決以上訴人經第一審論處如附表甲編號2至4所示各罪刑及沒收後，明示僅就第一審判決量刑部分不服而提起第二審上訴，經審理結果，維持第一審科刑部分之判決，駁回上訴人在第二審關於刑之上訴；並就上開改判及駁回部分科處之各刑，定應執行刑為有期徒刑3年，亦敘明其審酌裁量之依據及理由。

三、本院查：

㈠量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，乃事實審法院得依職權自由裁量之事項，故量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，且其執行刑之量定，未違反刑法第51條各款所定之方法或範圍，又無明顯悖於前述量刑原則或整體法律秩序之理念，即不得任意指為違法或不當，以為第三審上訴之理由。又數罪併罰之案件，為兼顧被告之聽審權，並避免不必要之重覆裁判，固得俟被告所犯數罪全部確定後，於執行時，始由該案犯罪事實最後判決之法院所對應之檢察署檢察官，聲請該法院裁定之，毋庸於每一個案件判決時定其應執行刑；但如事實審法院審酌被告權益及訴訟經濟等各情，認為適當時，於符合刑法第50條定應執行刑之要件，並依刑事訴訟法第289條第2項規定為量刑辯論，給予當事人就定應執行刑為適當陳述意見之機會者，就所犯數罪於判決同時諭知應執行刑，非法之所禁，自無違法可指。

㈡原判決就上訴人所犯前揭各罪，符合刑法第50條定應執行刑之要件，已敘明如何以行為人之責任為基礎，綜合審酌刑法第57條科刑等一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，維持或改判量處所示之刑及定其應執行刑。核其量定之各刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，就上訴人無前科、素行良好、積極與告訴人A女（姓名詳卷）及其法定代理人成立調解並給付完畢而獲其等原諒之犯罪後態度、素行及犯罪紀錄等各情，併列為量刑之綜合審酌因素，所定之執行刑非以累加方式，亦給予適當之恤刑，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有濫用其裁量權限或違反比例原則、公平原則之違法情形，自不得僅擷取其中片段，執以指摘原判決量刑違法。又無論是製造或交付少年性影像之行為，均共同具有一旦外流散布，即難以查禁根絕，其損害延及之時間及空間範圍甚廣之特性，原判決敘明

上訴人行為時非有何等特殊之原因或環境，無情輕法重、可憫恕之事由，且所定之執行刑已逾有期徒刑2年，不符合刑法第74條第1項宣告緩刑之要件，均已闡述理由明確，未依同法第59條酌減其刑及不予宣告緩刑，並不違法，就製造少年之性影像部分之犯行，更無重複評價可言。上訴意旨係就原審量刑裁量職權之適法行使，且經原判決論斷說明之事項，依憑己見，任意指摘，均非合法之上訴第三審理由，應認本件上訴違背法律上之程式，予以駁回。又本院為法律審，上訴人之上訴既應從程序上駁回，則其請求宣告緩刑，本院無從審酌，附此敘明。

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　　9　　月　　16　　日

刑事第九庭審判長法　官　洪兆隆

法　官　高玉舜

法　官　吳淑惠

法　官　雷淑雯

法　官　陳芃宇

本件正本證明與原本無異

書記官　魏至言

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　22　　日