# 最高法院刑事判決

115年度台上字第4874號

上　訴　人　陳政丞

選任辯護人　康皓智律師

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115年6月16日第二審判決（114年度上訴字第1482號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署113年度偵字第25239、25240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、本件原審以上訴人陳政丞經第一審論處修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項之製造少年性影像共2罪刑、同條例第38條第1項之散布少年性影像罪刑，並定應執行有期徒刑2年6月，及為相關沒收、追徵宣告之判決後，明示僅就第一審判決之刑提起上訴。經原審審理結果，認第一審判決未及審酌上訴人已於原審坦承犯行，並與被害人乙女（人別資料詳卷）調解成立，且已履行調解條件，所為量刑未當，因而撤銷第一審判決關於刑部分，就上開3罪改判量處有期徒刑1年4月、1年、1年6月，並定應執行有期徒刑1年8月。已詳敘審酌所憑之依據及裁量之理由。

三、刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑仍嫌過重者，始有其適用。此屬事實審法院得依職權裁量之事項。關於本件有無前述規定之適用一節，原判決審酌上訴人之犯罪情狀，認與上開規定之要件不合，已敘明不予酌減其刑之依據及理由，無違法可言。上訴意旨以：原判決未具體比較本案個別責任與法定最低刑是否顯失均衡，且對上訴人於原審認罪、調解履行、公益捐款及主動繳回手機等有利情狀評價不足，而未依上開規定酌減其刑，有適用法則不當及理由不備之違法等語。係對原判決已斟酌說明之事項，依憑己見而為指摘，並非適法之上訴第三審理由。

四、執行刑之量定，屬為裁判之法院得依職權裁量之範圍。原判決綜合審酌本件共有2位被害人，雖犯罪手法、情節均類同，犯罪時間接近，然所侵害之法益各異，考量刑罰之矯正與防衛目的，酌定其應執行之刑。核其所為之定刑，客觀上並未逾越法定刑度，亦無濫用裁量權或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形。屬原審裁量職權之適法行使，無違法可指。上訴意旨泛謂原判決未具體說明定應執行刑之裁量基準，據以指摘原判決有理由不備之違法云云，自非合法之第三審上訴理由。

五、緩刑之宣告，除應具備一定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之，屬法院裁判時得依職權裁量之事項。倘未濫用其職權，當事人不得以法院未諭知緩刑指為違法。原判決就上訴人請求為緩刑宣告一節，已敘明上訴人如何不宜為緩刑宣告之旨甚詳。至於法院加強緩刑宣告實施要點僅係供法院參考，並無拘束力，即使符合該要點所定之形式要件，法院亦得依個案情節審酌是否為緩刑宣告。上訴意旨以：原判決未參酌上開要點第2點所揭示之裁量基準，就上訴人初犯、自白、修復行為、家庭照顧責任及有無再犯之虞為必要調查與說明，逕認無以暫不執行刑罰為適當之情形，有適用法則不當、裁量違反比例原則及判決理由不

備之違法等語。核係任意指摘原判決未諭知緩刑為違法，亦非適法之第三審上訴理由。

六、依上所述，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

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　　9　　月　　10　　日

刑事第一庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　林海祥

法　官　江翠萍

法　官　楊志雄

法　官　楊皓清

本件正本證明與原本無異

書記官　范家瑜

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　14　　日