最高法院刑事判決

115年度台上字第879號

上　訴　人　陳俊傑

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11月13日第二審判決（114年度上訴字第1861、1862號，起訴及追加起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署113年度偵字第8023號、114年度偵字第1592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。又上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。至判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原判決以第一審判決所認定上訴人陳俊傑有如第一審判決犯罪事實欄所載之犯行，以及所犯罪名，因而維持第一審關於所處之刑(包含定其應執行刑)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。從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

(一)上訴人於犯後坦承犯行，且積極尋求彌補告訴人即被害人A女、B女(代號：AV000-S113020012、BJ000-S113060005，真實姓名、年籍詳卷)所受之損害。惟因A女、B女之法定代理人表示無意願，始未達成民事上和解，足認上訴人已有悔意。又上訴人素行良好，且有健全家庭及正當工作，倘處以所犯之罪法定最低度刑，在客觀上足以引起一般人之同情，而有可堪憫恕之情，應符合刑法第59條酌量減輕其刑之規定。原判決未依上開規定酌減其刑，有適用法則不當之違誤。

(二)上訴人於事發時思慮欠周，而偶發初犯。又上訴人於犯後坦承犯行，並主動前往醫院接受治療，應予從輕量刑，且足認所宣告之刑以暫不執行為適當。原判決未審酌上情，而為量刑，復僅因未獲告訴人諒解，而未予宣告緩刑，有理由不備及量刑過重之違誤。

四、惟查：

(一)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，在客觀上顯然足以引起一般之同情，認為即予宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用。

原判決說明：上訴人以遊戲點數等利益，先後邀誘未滿14歲之A女、B女拍攝性影像(含照片及影片)，並指定性影像之動作內容及影片長度，其所為侵害A女、B女之身心健全發展甚鉅，依其犯罪情狀，難認有何特殊之原因與環境，倘處以所犯之罪法定最低度刑，在客觀上足以引起一般人之同情，而均無從依刑法第59條規定酌減其刑之餘地等旨。依上開說明，於法並無不合。上訴人此部分上訴意旨，泛言指摘：原判決未酌減其刑違法云云，係就原審量刑裁量職權及已明白論敘說明之事項，徒憑己見，指為違法，洵非合法之第三審上訴理由。

(二)關於刑之量定及應執行刑之酌定，事實審法院本有依個案具體情節裁量之權限，倘科刑時係以行為人之責任為基礎，並

審酌刑法第57條各款所列情狀，而其所量之刑及酌定之應執行刑，既未逾越法律所規定之範圍(即裁量權行使之外部性界限)，亦無違反比例、公平及罪刑相當原則者(即裁量權行使之內部性界限)，即不得任意指為違法，資為第三審上訴之適法理由。

原判決說明：第一審審酌上訴人引誘A女、B女自拍裸露身體隱私部位之性影像，其所為危害A女、B女身心之健全發展，惟其於行為時僅21歲，且犯後坦承全部犯行，並積極尋求成立民事上和解之犯後態度，以及其素行、家庭生活狀況等一切情狀，而為量刑，尚稱妥適；併審酌上訴人所犯2罪之時間間隔及犯罪手段，其所反映之人格特性與傾向，以及整體不法與罪責程度，暨檢察官、上訴人及其辯護人、告訴人之法定代理人關於科刑之意見等情，因認第一審合併所定應執行有期徒刑3年8月，亦無過重之不當之旨。已以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第57條各款所列情狀及定應執行刑之內、外部性界限，未逾法定刑度，亦無依據明顯錯誤之事實據以量刑，或明顯濫用裁量權，而有違反比例原則或公平正義之情形，且此屬原審量刑裁量職權行使之事項，尚難任意指為違法。上訴人此部分上訴意旨，泛詞指摘：原判決所為量刑過重違法云云，並非適法之第三審上訴理由。

(三)刑法第74條第1項規定，未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，或前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，而受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告者，始符合緩刑之要件。此所謂「受2年以下有期徒刑之宣告」，如係犯單純一罪、實質上或裁判上一罪，乃指其宣告刑；然如為數罪併罰，則係指依各罪宣告刑所定之應執行刑。是數罪併罰之案件，除各罪宣告刑均不得逾有期徒刑2年，所定之應執行刑，亦不得逾有期徒刑2年，始得宣告緩刑。

原判決說明：上訴人所犯之2罪，各處有期徒刑3年4月，以及合併所定應執行之有期徒刑3年8月，均已逾有期徒刑2

年，與得宣告緩刑之要件不合之旨，因而未依上訴人之請求，予以宣告緩刑，於法並無不合。上訴人此部分上訴意旨，泛言指摘：原判決未宣告緩刑違法云云，乃係就原判決已明白論敘說明之事項，漫為指摘，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

五、以上及其餘上訴意旨，並未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，或係置原判決已明白論斷說明之事項於不顧，或係就原審量刑裁量職權之適法行使，仍持己見，漫為指摘違法，均難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。應認本件上訴均為違背法律上之程式，予以駁回。又本件應從程序上駁回上訴，則上訴人請求本院從輕量刑以及宣告緩刑等節，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　　4　　月　　23　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　洪于智

法　官　楊力進

法　官　吳秋宏

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　27　　日