最高法院刑事判決

109年度台上字第4558號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官何嘉仁

被　　告　徐柏棟

上列上訴人因被告違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國108年11月21日第二審判決（108年度侵上訴字第269號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署107年度偵字第13842號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、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。本件原判決認被告徐柏棟犯有其事實欄所載十八歲以上之人與十六歲以上未滿十八歲之人為有對價之性交行為罪、拍攝少年為性交行為電子訊號罪之犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍依想像競合犯規定，從一重論被告以犯修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第1 項之拍攝少年為性交行為電子訊號罪，處有期徒刑6 月，如易科罰金，以新臺幣（下同）1千元折算1日，並諭知相關之沒收，已詳敘其證據取捨及憑以認定犯罪事實之心證理由。

二、上訴理由略以：㈠被告各次使A 女（姓名年籍詳卷）為其口交行為均有射精，已獨立完成並滿足當下性慾，嗣後之口交行為乃犯意另起，分別戕害A 女健全身心發展及兩性價值觀，被告先後數次口交行為具有獨立性，應按照其次數一罪一罰，況其尚有與A女外出用餐近2 小時，始返回旅館再次令A女為其口交2 次，難認與用餐前之性交、拍攝行為具有接續

關係。㈡被告明知A女為未滿十八歲之少女竟未能克制情慾，以金錢誘惑為有對價之性交行為，且拍攝性交、猥褻之數位影片，顯欠缺正確法治觀念，又未與A女及A女父親達成和解，原判決量處被告有期徒刑6月，違反比例原則、平等原則及罪刑相當原則。

三、惟查：

㈠採證認事，係事實審法院之職權，其對證據證明力所為之判斷，如未違背證據法則、經驗法則與論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。又行為人基於單一犯意，於同時、同地或密切接近之時地實行數行為，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理者，即屬接續犯，而為包括之一罪。本件原判決主要係參酌A女之部分指證、新北市政府警察局刑事警察大隊數位證物勘察報告（即勘察扣案被告手機內對話資訊）、被告手機內影片檔案及其譯文、旅館及路口等監視器影像畫面照片（含畫面旁檢察事務官勘察該等監視器影像畫面之紀錄），並被告先後一致之供述等為據，認被告於案發前即與A女約妥以一天1萬元之代價為口交性行為及拍攝影片，雙方並未限定性行為及拍攝次數，案發當日於旅館房內，被告先行以手機拍攝A女裸露之猥褻畫面，旋由A女為其口交2次，其間被告持續以手機拍攝口交畫面，直至同日下午4時35分許，兩人外出用餐，餐畢於晚間6時8分返回旅館房內，A女再行接連為被告口交2次，被告嘗試以手指插進A女陰道，甫插入即因A女喊痛而作罷等情為實，並就A女所指被告違反其意願部分予以指駁；經核與卷內證據資料一致。又被告與A女數次性行為或拍攝影片進行過程中，未見兩人對交易之持續進行有何分歧意見，則被告與A女為有對價之性行為及拍攝性交及猥褻影片，依社會健全通念，即當以其兩人之交易約定為判斷標準，於未逾越交易約定範圍內，應認被告自始即以

單一犯意而接續為性行為及拍攝影片之行為，始合於被告滿足性慾之主觀犯意及其性慾發洩之客觀犯行，倘以射精與否判斷被告之犯意起於何時，是否另起意，則顯與證據資料所示之被告及A女雙方一致且連貫的意念不符。縱其間被告與A女曾外出用餐約1個多小時始返回旅館房內，然其2人之物件均仍置放於旅館房內並未攜離，返回後又持續為口交等性行為，是外出用餐無法排除其2 人續行履約之合致意思，餐後性行為既仍在其等合意之交易時間內，又於同一地點為之，行為態樣亦無明顯變化，則此1 個多小時用餐後之性行為，與用餐前之性行為，即難謂有強行分開之時間差距，前後侵害之法益亦非顯然可分。是本件被告為數次性行為及拍攝行為，各次之獨立性因而顯得極為薄弱，於被告及A 女合意範圍內更應認被告係基於單一犯意而為侵害A 女相同法益之犯行，原判決因認被告為性行為5 次及多次拍攝，各屬接續犯而分別為包括一罪，非基於各別或另起之犯意為之，故不應分論併罰，其事實之認定與接續犯內涵之說明，與經驗法則、論理法則俱無違背。而關於被告犯意之認定，係原審採證認事之職權，其此項職權之行使，既無違反證據法則之情形，自不得任意指摘為違法。檢察官此部分上訴理由猶就被告犯意為何之單純事實，再事爭辯，且未根據卷內證據資料而為具體指摘，尚非上訴第三審之合法理由。

㈡刑之量定，屬為裁判之法院得依職權裁量之事項，苟其量刑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者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。又刑法第57條各款所列情狀，就與案件相關者，法院既已依法調查，即可推認判決時已據為斟酌裁量，縱判決僅具體論述個案量刑應予側重之各款，其餘情狀以簡略之方式呈現，倘無根據明顯錯誤之事實予以量定刑度之情形，當亦不能執其片段遽為評價，指摘原判決量刑違法。原判決以被告之責任為基礎，具體審酌刑法第57條與本件有

關之量刑因子，並逐一說明其審酌後之評價，及考量其他一切情狀而為量刑，即難謂原判決有濫用裁量權之違法情形，其量刑亦難指違背比例原則、平等原則及罪刑相當原則。檢察官猶執被告之法治觀念，及其犯罪所生危害、未與被害人方面和解之犯後態度等量刑因子，指原判決量刑過輕，係就原判決已審酌說明之事項及其量刑職權之適法行使，徒憑己見，而為片段之指摘，尚非適法之上訴第三審理由。

四、綜上，本件與首揭上訴第三審之法定要件不合，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

五、依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　華　民　國　109　年　11　月　26　日

刑事第四庭審判長法　官　徐　昌　錦

法　官　林　恆　吉

法　官　林　海　祥

法　官　江　翠　萍

法　官　侯　廷　昌

本件正本證明與原本無異

書記官

中　華　民　國　109　年　12　月　3　日