

最高法院刑事判決

113年度台上字第1528號

上訴人 劉秀禪

選任辯護人 沈明顯律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國112年12月28日第二審判決（110年度侵上訴字第177號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署107年度偵字第21863號、108年度偵字第16023號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於劉秀禪部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審關於從一重論處上訴人劉秀禪犯二人以上共同攜帶兇器強制性交罪刑之判決（想像競合犯私行拘禁罪，處有期徒刑4年4月），改判依重行為吸收輕行為之實質上一罪，論處上訴人犯共同攜帶兇器強制性交罪刑（處有期徒刑4年6月）。固非無見。

二、惟查：

（一）由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第370條第1項本文定有明文，此即學理上所稱之「不利益變更禁止原則」，旨在確保被告或為被告之利益而上訴之人，不致因其正當行使上訴權利以循求救濟，反而經上訴審法院諭知較重於原審判決所處之刑，俾落實憲法所揭槩訴訟權保障之實質內涵及二重危險禁止之理念。惟在被告上訴或為被告之利益而上訴之場合，倘因原審判決適用法條不當而經撤銷者，即無上開原則之適用，此為同法第370條第1項但書之例外規定。所指「原審判決適用法條不當而經撤銷」，尚不能單純以論罪法條不同為唯一考量因素，而應具體總合衡酌實體及程序上之事項，加以判斷。又按量刑之輕重，固屬事實審法院得依職權裁量之

01 事項，惟仍應受罪刑相當、比例原則及公平原則之限制，始
02 為適法，此即所謂「罪刑相當原則」。換言之，縱使不論不
03 利益變更禁止原則與否，在第二審法院量刑時本必須遵守實
04 體法的規定，尤其宣告刑不得超出法定量刑空間，在此範圍
05 內「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條一
06 切情狀」。是若由被告上訴或為被告之利益而上訴第二審之
07 案件，第二審認定被告之犯罪情節較第一審為輕微時，基於
08 「罪刑相當原則」的要求，第二審量刑亦應隨之減輕。若第
09 二審諭知較重於第一審之宣告刑，即難謂與「不利益變更禁
10 止原則」無悖。又想像競合犯本質上係屬數罪，僅為避免評
11 價過度，乃從一重處斷，因認係屬科刑上之一罪，其不法及
12 責任內涵之犯罪情節，本較之實質上一罪為重。另刑法第57
13 條第10款規定之犯罪後之態度，包含與被害人之和解或和解
14 之努力在內。

15 經查，本件第一審判決認定上訴人與黃麒勻、陳怡臻、陳姵
16 晴（以上3人均已判處罪刑確定）、「白白」、林莉茹等人
17 對被害人A女（姓名詳卷）所犯之私行拘禁、加重強制性交
18 犯行，二行為有部分合致（毆打成傷部分），且目的單一，
19 依一般社會評價論以一罪，較符合刑罰之公平原則，故應依
20 想像競合犯之規定，從一重之加重強制性交罪處斷；起訴書
21 認為私行拘禁、加重強制性交犯行二罪應分論併罰，容有未
22 洽；並說明上訴人及其他共犯對A女所為之傷害、強制犯
23 行，已分別包含於刑法第302條第1項私行拘禁、第222條第1
24 項第1款、第8款之犯行中，而不另予論罪等旨（見第一審判
25 決第16頁）。原判決則以上訴人與其他共犯原本係基於教訓
26 A女之傷害、妨害自由犯意，於過程中，經黃麒勻指示其餘
27 被告命A女自行將衣服脫下，於毆打、斥責A女之行為繼續
28 中，提升其等之犯意為強制性交，而繼續對A女實行強制性
29 交行為，其犯意提升前、後二階段行為，時間密接，應整體
30 評價為一罪，依重行為吸收輕行為之法理，應以提升後之新
31 犯意即強制性交罪處斷（見原判決第39頁）。又依原判決之

01 認定，上訴人於第一審已與A女成立調解，且給付第1期調
02 解金額，復於原審審理期間已賠償完畢各情（見原判決第40
03 頁）。上情如若無訛，則原判決認定上訴人應依實質上一罪
04 論處罪刑之犯罪情節，似並未較重於第一審判決所認定之應
05 依想像競合犯從一重處斷；兼衡上訴人已於原審判決前履行
06 賠償之金額完畢，其犯後態度之從輕科刑因子似已較第一審
07 判決有所變更。乃原判決未審酌及此，於撤銷第一審科處有
08 期徒刑4年4月之判決，卻猶改判量處上訴人有期徒刑4年6
09 月，不惟有違罪刑相當原則，更屬違反不利益變更禁止原則
10 之判決違背法令。

11 (二)按在犯罪者實施犯罪行為前有所參與，其參與者之行為究竟
12 認為從犯之行為，抑應認為共同正犯之行為，應視下列情形
13 而定：1.他人已決意犯罪，如以犯罪意思助成其犯罪之實現
14 者，或與以物質上之助力（如貸與兇器而為有形之幫助行
15 為），或與以精神上之助力（如頌揚犯罪行為或預祝其犯罪
16 成功而為無形之幫助行為），皆為從犯；他人犯罪雖已決
17 意，若以犯罪意思促成其犯罪之實現，如就犯罪實行之方法
18 犯罪實施之順序而有所表示，應認為共同正犯，不能認為從
19 犯，蓋在如斯情形之下，其表示之意見已構成犯罪者實施犯
20 罪行為之內容，不啻加工於犯罪之實現也。2.上述之「助
21 成」及「促成」情形，應以程度之高低（程度高為正犯，程
22 度低為從犯）及其行為是否構成實施犯罪行為之內容為標
23 準。此為本院一致之見解。

24 又對於行為人於犯罪行為實行中所產生故意內容之變更，可
25 分為「犯意變更」與「另行起意」，兩者本質不同。前者即
26 指犯意之轉化（升高或降低），但僅限於同一被害客體，並
27 應整體評價為實質上一罪，而無想像競合犯之適用；後者即
28 另行起意，則不問其被害客體是否同一，惟應評價為數罪，
29 如其行為有部分合致，且目的單一，並有想像競合犯之適
30 用。

01 至於強制性交而剝奪被害人之行動自由時，是否於強制性交
02 罪外，另成立妨害自由罪，須就犯罪行為實施經過之全部情
03 形加以觀察，除該妨害自由之行為已可認為強制性交之著手
04 開始，應成立單一之強制性交罪外；如其二行為有部分合
05 致，應認係妨害自由罪與強制性交罪之想像競合犯。

06 本件原判決事實固認定上訴人與黃麒勻等人於對A女傷害、
07 妨害自由過程中，共同提升其等原本傷害、妨害自由等犯意
08 至攜帶兇器強制性交之共同犯意聯絡，由陳怡臻、陳姵晴、
09 上訴人、「白白」、林莉茹等人在旁以言語助勢，屋內並置
10 有先前購置的剪刀，再由黃麒勻持黑色塑膠條強行插入A女
11 陰道，以此方式共同對A女為強制性交行為等情（見原判決
12 第3頁）。惟依原判決之認定，持黑色塑膠條強行插入A女
13 陰道者僅黃麒勻1人，上訴人及陳怡臻、陳姵晴等人則僅止
14 於在旁以言語助勢，即使可認黃麒勻原本妨害自由之犯意已
15 提升至強制性交之犯意，但犯意之提升即故意內容之變更，
16 原本僅存在於行為人一人內心，如何與其他未參與構成要件
17 之行為人形成犯意聯絡，而成立共同正犯，自應依證據證
18 明。原判決既謂上訴人係在旁以言語助勢，似僅認係與以精
19 神上之助力而為無形之幫助行為，原判決並未說明其憑以認
20 定上訴人與黃麒勻有犯意聯絡而應成立共同正犯之論據，泛
21 謂互有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯，並謂起訴書認
22 上訴人就強制性交部分僅為幫助犯，容有未洽等語（見原判
23 決第39頁），自有判決理由不備及調查未盡之違法。且原判
24 決認定上訴人與黃麒勻、陳怡臻、陳姵晴等人係先毆打及妨
25 害A女自由，再由黃麒勻持黑色塑膠條強行插入A女陰道，
26 則其等毆打及妨害A女自由，似尚未著手於強制性交，如果
27 無訛，原判決僅論以單一之加重強制性交罪（見原判決第39
28 頁），其評價自嫌未足，難謂適法。

29 三、原判決以上之違誤，或為上訴意旨指摘所及，或為本院得依
30 職權調查之事項，應認上訴人之上訴為有理由；且因原判決

01 之違法已影響於事實之確定，應認原判決關於上訴人部分有
02 撤銷發回更審之原因。

03 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

04 中 華 民 國 114 年 2 月 13 日

05 刑事第八庭審判長法官 林瑞斌

06 法官 林英志

07 法官 朱瑞娟

08 法官 高文崇

09 法官 黃潔茹

10 本件正本證明與原本無異

11 書記官 王怡屏

12 中 華 民 國 114 年 2 月 19 日