最高法院刑事判決

115年度台上字第2620號

上　訴　人　盧進昌

（原　審）

選任辯護人　林逸晉律師

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國115年2月4日第二審判決（114年度侵上訴字第328號，起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署113年度偵字第7534、9112號），由其原審之選任辯護人代為提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、得上訴第三審部分

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。本件第一審判決認定上訴人盧進昌有如其犯罪事實欄（下稱事實）一所載違反未滿14歲之代號BT000-A113074（民國000年0月生，姓名詳卷，下稱甲女）意願，以將手伸進甲女內褲、觸摸其生殖器之方式，對甲女為2次猥褻之犯行，而論處對於未滿14歲之女子犯強制猥褻共2罪刑。上訴人不服，明示僅對於第一審判決之量刑提起第二審上訴，經原審審理結果，認為第一審判決量刑尚非妥適，因而撤銷第一審關於宣告刑部分之判決，改判量處如其附表編號1、2「本院主文」欄所示之刑，並合併定其應執行刑，已詳敘其刑罰裁量之理由。

二、上訴意旨略以：甲女及其母親已表明對本案無告訴之意願，上訴人係一時不能自持而犯罪，並未施用暴力或恐嚇之手段逼迫甲女就範，原判決未審酌上情，量刑實屬過重，復未為緩刑之宣告，難認允當云云。

三、按刑罰之量定為事實審法院之職權，倘其量刑合於法律所規定之範圍，並無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，即不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。又是否宣告緩刑，屬法院得依職權自由裁量之事項，原審縱未為緩刑之宣告，不生判決違背法令之問題。原判決就上訴人所犯上揭2罪，已說明考量其客觀犯罪情節、主觀惡性，與所犯法定最低本刑相較，有情輕法重顯可憫恕之處，均依刑法第59條規定，酌減其刑，並以上訴人之責任為基礎，考量上訴人一時不能自持之犯罪動機、未使用強暴或恐嚇之犯罪手段、情節、所生損害、坦承犯行深表悔悟、其有意願卻未能與甲女及其母親達成調解或和解之緣由、投身公益服務等犯罪後態度，甲女及其母親表示不再訴追之意，及其智識程度、工作、家庭生活及經濟狀況等刑法第57條科刑之一切情狀綜合審酌，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，再以上訴人在短期間內密接對甲女犯罪，依責任遞減原則整體評價後，合併定其等應執行之刑等旨。經核並未逾越依前揭規定減得之處斷刑範圍，且均係以該範圍之最低度刑為基準從寬裁量，合併定其應執行之刑，亦在刑法第51條第5款規定之範圍，符合恤刑意旨，要無濫用自由裁量權限之情形，屬其適法裁量權之行使，自難執以指摘原審量刑有何違法或不當。原審已就上訴意旨所指之犯罪動機、情狀、甲女及其母親之量刑意見等各情，納為量刑因子整體審酌如前。又刑法第74條第1項緩刑之規定，所謂「受2年以下有期徒刑之宣告」，所犯如係單純一罪、實質上或裁判上一罪者，固係指所宣告或處斷上一罪之宣告刑而言，如係數罪併罰案件，則係指依各罪宣告刑所定之執行刑，且緩刑之諭知，除應具備一定之條件外，並須有可認為以暫不執行為適當之情形，始

得為之，屬法院有權斟酌決定。原審審酌上訴人相關所犯情狀，就其所犯上揭2罪，所定應執行刑已逾2年有期徒刑，自不符緩刑之要件，亦不宜為緩刑宣告，縱未說明理由，亦不違法。上訴意旨係對於原審法院量刑職權之適法行使，任意指為違法，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，依前揭說明，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

貳、不得上訴第三審部分

一、按刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。

二、本件第一審以上訴人有事實㈡所載對未滿14歲之代號BT000-A113074D（000年00月生，姓名詳卷）為性騷擾犯行，論處其成年人對兒童犯意圖性騷擾，乘人不及抗拒而觸摸其臀部之騷擾罪刑，並諭知易科罰金之折算標準。上訴人不服，明示僅對於第一審判決之量刑提起第二審上訴，經原審審理結果，維持第一審之科刑判決，駁回上訴人此部分在第二審之量刑上訴。性騷擾防治法第25條第1項之罪法定刑為「2年以下有期徒刑、拘役或併科新臺幣10萬元以下罰金」，縱依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑至2分之1，最重本刑仍為3年以下有期徒刑。此部分所犯，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之罪，且無同條項但書之情形。依上開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，上訴人此部分之上訴，顯為法所不許，亦應駁回。

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　　8　　月　　6　　日

刑事第九庭審判長法　官　林英志

法　官　劉興浪

法　官　蔡廣昇

法　官　陳德民

法　官　許泰誠

本件正本證明與原本無異

書記官　鄭淑丰

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　10　　日