最高法院刑事判決

115年度台上字第867號

上　訴　人　徐銘謙

選任辯護人　王奐淳律師
　　羅暐智律師
　　湯巧綺律師

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國114年10月29日第二審判決（114年度侵上訴字第1657、1687號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署112年度偵字第24742、27819號，113年度偵字第30833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、本件原判決以上訴人徐銘謙經第一審判決部分依想像競合犯，論處或從一重論處如原判決附表（下稱附表）編號1、2所示犯民國112年2月15日修正之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項拍攝少年之性影像2罪刑、同附表編號3所示犯與未滿14歲之人為有對價之性交罪刑及編號4之對於14歲以上未滿16歲之女子為有對價之性交行為罪刑（並為附條件緩刑），暨諭知相關沒收後，明示僅就第一審判決量刑部分不服而提起第二審上訴，經原審審理結果，撤銷附表編號1、2

所示第一審判決之宣告刑，改判量處有期徒刑1年2月、1年4月，及撤銷附表編號4附條件緩刑部分，另維持附表編號3、4關於第一審科刑部分之判決，駁回其該部分在第二審關於刑之上訴，另定應執行有期徒刑3年6月，已載敘審酌裁量之依據及理由，有卷存資料可資覆按。

三、上訴意旨略以：㈠其前無相關性犯罪紀錄，本案係在徵得被害人同意後始為有對價性交，未強制或具體侵害未成年人身心健康，且非出於惡意連續犯之，侵害法益及犯罪情狀均非重大，可非難性較低，現已與全部被害人成立和（調）解並賠償損害，原判決對上開有利量刑事項未予通盤考量，即不依刑法第59條規定酌減其刑，而有違法，復未就合併定應執行刑前，比照刑事訴訟法第477條第1項規定，給予陳述意見之機會，有適用法則不當、量刑理由欠備之違法。㈡原判決逾越刑法第74條第1項之文義解釋，且未考量其犯罪情節輕微、已與全部被害人達成和解，逕以所定執行刑逾有期徒刑2年，不予緩刑宣告，適用法則不當。

四、刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，苟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，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。又數罪併罰之案件，為兼顧被告之聽審權，並避免不必要之重覆裁判，固得俟被告所犯數罪全部確定後，於執行時，始由該案犯罪事實最後判決之法院所對應之檢察署檢察官，聲請該法院裁定之，毋庸於每一個案件判決時定其應執行刑；但如事實審法院審酌被告權益及訴訟經濟等各情，認為適當時，於符合刑法第50條定應執行刑之要件，並依刑事訴訟法第289條第2項規定為量刑辯論，給予當事人就定應執行刑為適當陳述意見之機會者，就所犯數罪於判決同時諭知應執行刑，非法之所禁，自無違法可指。

㈠原判決就上訴人所犯前揭各罪，已記明如何以行為人之責任為基礎，綜合審酌刑法第57條科刑等一切情狀，就附表編號

3依刑法第59條規定酌減其刑後，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，維持或改判量處所示之刑及執行刑，核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，就上訴人犯後坦承犯行、分別與被害人達成和（調）解並賠償損失之犯罪後態度、素行及犯罪紀錄等各情，併列為量刑之綜合審酌因素，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有濫用其裁量權限或違反比例原則、公平原則之違法情形，自不得僅擷取其中片段，執以指摘原判決量刑違法。至應否依刑法第59條規定酌量減輕其刑，法院本屬有權斟酌決定，故未酌減其刑，既不違背法令，自不得執為提起第三審上訴之理由。原審審酌上訴人所犯各罪之犯罪情狀等各情，認附表編號1、2、4部分無情輕法重、可憫恕之事由，已闡述理由明確，未依該條規定酌減其刑，並不違法。

㈡稽之原審審判筆錄所載，審判長就科刑資料調查完畢後，諭知請檢察官、上訴人及其辯護人依序就量刑範圍進行辯論（見原審第1657號卷第102頁、第1687號卷第126頁），已予上訴人就定應執行刑表示意見之機會，原判決就定應執行刑部分，並敘明考量上訴人所犯各罪間之關連性、時間及空間有異、侵害法益之專屬性、對法益侵害之加重效應、所反映之人格特性、犯罪傾向及對上訴人施以矯正之必要性等各情為整體評價，就前揭撤銷改判部分及上訴駁回部分，另定其應執行刑有期徒刑3年6月，顯非以累加方式，亦給予適當之恤刑，要無違法可言。

五、緩刑目的旨在對於初犯、偶發犯、過失犯及輕微犯罪者，於一定期間內，暫緩（猶豫）其刑之執行，以促使被告改過自新，並避免被告因入監執行短期自由刑而沾染獄中惡習之流弊。而現行刑法第74條第1項所謂「受2年以下有期徒刑之宣告」，被告於本案如係犯單純一罪、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，然如係數罪併罰案件，必須其各罪之宣告刑及執行刑均未超過有期徒刑2年，始得宣告緩刑，方無悖於緩刑制度之立法意旨。原判

決已審酌上訴人所犯情狀、坦承犯行、與全部被害人成立和（調）解並履行完畢等各情，就部分（附表編號1、2）之罪已量定較第一審為輕之刑度，所定前揭各罪之應執行刑（有期徒刑3年6月）已逾2年有期徒刑，不符緩刑之要件，已闡述理由明確，未予諭知緩刑，其法則之適用並無違誤。

六、綜合前旨及其餘上訴意旨，無非係對於原判決已說明事項，或單純就原審前述量刑裁量權之合法行使，徒以自己說詞，任意指為違法，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，應認其之上訴為不合法律上之程式，予以駁回。

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　　4　　月　　22　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　汪梅芬

法　官　宋松璟

法　官　黃紹紘

法　官　何俏美

本件正本證明與原本無異

書記官　胡家寧

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　24　　日