最高法院刑事判決

110年度台上字第1545號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官何嘉仁
上　訴　人
即　被　告　徐保嘉
選任辯護人　王紹安律師
　　蕭萬龍律師

上列上訴人等因被告妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109年7月14日第二審判決（109年度侵上訴字第117號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署109年度偵字第22330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、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人即被告（下稱被告）甲○○有如其事實欄即其附表（下稱附表）各編號所載之對於未滿14歲之女子為性交、猥褻之行為各2 次，以及對於14歲以上未滿16歲之女子為性交計23次等犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論被告以刑法第227條第1項、第2 項之對於未滿14歲之女子為性交、猥褻行為各2 罪，以及刑法第227條第3項之對於14歲以上未滿16歲之女子為性交計23罪，分別處附表各編號所示之有期徒刑9月（2罪）、3年4月（2罪）、1年1月（5罪）、1年4月（18罪），暨定應執行有期徒刑12年6 月。原判決就採證、認事及量刑，已逐一詳為敘明其所憑之證據及認

定之理由，其所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、檢察官上訴意旨略以：被告於警詢及檢察官偵訊時，均否認犯行，至第一審審理時僅坦承部分犯行，遲至原審審理時始坦認全部犯行，然其利用被害人A女（代號 00000000000，民國00年00月生，真實姓名年籍詳卷，於000年0月00日自殺身亡）對其崇拜、愛慕及依賴之情，長達4 年之久，共計27次之多，對A女為性交及猥褻之犯行，惡性重大，且未積極與被害人家屬達成和解，足見被告並無悔意，原判決僅各量處上開有期徒刑，暨定應執行有期徒刑12年6 月，量刑過輕，不符公平原則、比例原則與罪刑相當原則。

四、被告上訴意旨略以：⑴原審未告知被告上開行為另涉犯刑法第228條第1、2 項之利用權勢性交、猥褻行為罪，被告無從據以答辯。原判決遽謂被告另構成利用權勢性交、猥褻行為罪，依吸收關係而不另論罪，所踐行之訴訟程序已侵害被告之防禦權。⑵被告平時對A女鼓勵、照料有加，並不時提供資助。其雖與A女長期相處而逾越師生分際，一時意亂情迷而為性交及猥褻行為，惟被告並非刻意利用A女對其愛慕之情而為，雙方均係出於真心交往，2 人自然而然發生性行為，誠屬男女朋友間正常互動之舉；其於警詢、檢察官偵訊及第一審審理時，未坦承全部犯行（惟於原審審理時已坦承全部犯行），係因距案發時間已久，其記不清與A女發生性行為之次數，實非飾詞狡辯耗費司法資源；A女父親要求之和解金額高達新臺幣1 千萬元，其無力支付以致未能達成和解，並非無和解誠意，原判決未能審酌上情，仍以被告遲至原審審理時始坦承全部犯行，以及未與A女家屬達成和解等為由，合併定應執行有期徒刑12年6 月，量刑實屬過重，不符比例原則。

五、惟按：

(一)刑法上所謂犯罪之吸收關係，指數個犯罪構成要件行為彼此性質相容，但數個犯罪行為間具有高度、低度，或重行為、

輕行為之關係，或某種犯罪行為為他罪之階段行為（或部分行為），或某種犯罪行為之性質或結果當然包含他罪之成分在內等情形。是以當高度或重行為之不法與罪責內涵足以涵蓋低度或輕行為，而得以充分評價低度或輕行為時，在處斷上，祇論以高度或重行為之罪名，其低度或輕行為則被吸收，而排斥不予適用，即不另行論罪。

本件檢察官起訴書犯罪事實欄及第一審判決事實欄，均明確記載：被告為A女之國小五、六年級班導師及國小、國中補習班老師等師生關係之事實（見起訴書第1頁、第一審判決第1頁）。

第一審及原審行準備及審判程序時，受命法官或審判長亦迭告以此等師生關係之事實，俾供被告答辯，被告除確認該師生關係之事實（見第一審卷第210、343、380至381頁；原審卷第166、168、202-2、347至348頁）外，復於原審審理時供明：「請法官念在『我照顧A女多年』的份上」，並具狀陳明：「從小學五、六年級直到國中畢業，事實上都是被告在照顧A女」等語（見原審卷第353、369頁），可見被告與A女間具有教育、監督、照護等關係之事實，在起訴書所載犯罪事實範圍內，被告於歷審亦為實質答辯。是以，原判決認定：「被告對因教育關係而受其監督、照護之A女……利用權勢、機會……。」且理由載敘：被告對A女為原判決事實一㈠、㈡及二㈠、㈡所載犯行當時，係A女國小五、六年級導師，與A女間具有教育之關係，而受其監督、照護，其利用此權勢、機會，對A女進行猥褻或性交行為，依吸收關係，應僅分別論以刑法第227條第1項之對於未滿14歲女子為性交罪、同條第2項之對於未滿14歲女子為猥褻行為罪之旨（見原判決第12至13頁）。而原判決事實認定與第一審判決雖敘述上略有差異，然實質內容尚無不同。又原判決係補充說明依吸收關係，被告上開行為不另論以刑法第228條第1、2項之利用權勢性交、猥褻行為罪之理由，亦即，僅強調該罪已被排斥不予適用，不另行論罪之旨，原審固未於審理時

一併告知該罪名，然既未論以該被吸收之罪名，亦未因此加重其罪責，顯於判決結果不生影響，難認有侵害被告之訴訟防禦權之違法可言。

上訴意旨⑴指摘原審未告知上開罪名俾進行辯論違法云云，尚難認係合法上訴第三審之理由。

(二)關於刑之量定，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。

又數罪併罰，分別宣告數有期徒刑時，應依刑法第51條第 5 款之規定，採「限制加重原則」定其應執行刑，以最重之宣告刑為下限，以各宣告刑之總和為上限，併有一絕對限制上限之規定，其理由蘊含刑罰經濟及恤刑之目的。酌定應執行刑時，係對犯罪行為人本身及所犯數罪之總檢視，自應權衡行為人之責任與上開刑罰經濟及恤刑之目的，俾對於行為人所犯數罪為整體非難評價。在行為人責任方面，包括行為人犯罪時及犯罪後態度所反應之人格特性、罪數、罪質、犯罪期間、各罪之具體情節、各罪所侵害法益之不可回復性，以及各罪間之關聯性，包括行為在時間及空間之密接程度、各罪之獨立程度、數罪侵害法益之異同、數罪對侵害法益之加重或加乘效應（例如被害人因創傷壓力而出現自殘現象）等項。在刑罰經濟及恤刑之目的方面，包括矯正之必要性、刑罰邊際效應隨刑期而遞減（採多數犯罪責任遞減之概念）、行為人所生痛苦程度隨刑期而遞增、行為人復歸社會之可能性，以及恤刑（但非過度刑罰優惠）等刑事政策，並留意個別犯罪量刑已斟酌事項不宜重複評價之原則，予以充分而不過度之綜合評價。

本件原判決就被告所犯如其事實欄所載對於未滿14歲之女子為性交、猥褻之行為各2 次，及對於14歲以上未滿16歲之女

子為性交計23次等犯行，分別量處附表各編號所示之有期徒刑，已以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條各款所列情狀（包括被告上開各犯行實質侵害法益之質與量、犯後坦認全部犯行，惟部分犯行迄於原審審理時始予坦認、未與被害人家屬和解，以及被害人家屬請求從重量刑等情狀），詳加審酌及說明。並進一步敘明：被告對A女為本件各犯行期間，其明知A女身、心尚在發育中，對於性行為之認識程度及自主能力未臻成熟，思慮亦不如成年人周詳，竟為滿足其個人私慾，利用A女對其擔任國小五、六年級導師之信任、尊重、崇拜及愛慕之意，而與A女為性交行為及猥褻行為，影響A女身、心之正常發展甚鉅等旨。

又卷查，被告迭於歷審審理時對於因其行為而鑄成大錯表達歉意，並陳稱：A女曾傳LINE表示「對不起我毀了你的人生，我拿命賠給你可好？」，當時其若有跟A女見面、安撫A女情緒，就不會發生A女自殺之憾事。其真心誠意為其錯誤之行為道歉，對於A女自殺身亡，其內心極為自責，痛苦萬分，願坦然面對刑責，亦曾打電話向A女父親、姑姑道歉，但A女父親、姑姑均不願多談，只說和解之事交給律師處理。其亦有請議員與A女父親接觸，亦想親自向A女父親致歉，但A女父親不希望其直接找他，其除了賣車，亦向友人借新臺幣3、4百萬元，希望能當面談和解等語（見第一審卷第380、396、401、405頁、原審卷第204、211、351、353頁），並書立悔過書表達願為其錯誤行為負責，願接受法律制裁及盡力賠償被害人家屬之心意（見原審卷第271至285頁）。是以，被告雖未能與被害人家屬達成和解，惟當係因雙方對於賠償金額未能達成共識所致，尚難執此遽謂被告並無悔意。

再稽之卷內資料，第一審所量處被告各罪之有期徒刑（即對於未滿14歲之女子為猥褻之行為，共2 罪，各處有期徒刑10月；對於未滿14歲之女子為性交，共2罪，各處有期徒刑3年6月；對於14歲以上未滿16歲之女子為性交，其中5罪部分〈

以生殖器插入A女口腔之犯行〉，各處有期徒刑1年2月、其餘18罪部分，各處有期徒刑1年6月〈以生殖器插入A女陰道及口腔之犯行〉），檢察官並未提起第二審上訴。而原判決所審酌之量刑因子，包括被告於原審審理時坦承全部犯行，此與其在第一審審理時僅供認部分犯行之犯後態度，略有不同，且係符合較輕之量刑因子，乃就被告所犯各罪分別較諸第一審判決減輕1月或2月，並無明顯濫用裁量權之情事，是有關各罪之量刑部分，自不能任意指為違法。

至原判決定應執行之刑有期徒刑12年6 月，固較第一審所定應執行之有期徒刑16年10月減少4年4月，惟各罪既已略減 1月至2月，故全部27罪總計減少3年11月（計47月），參酌前述刑法第51條第5 款限制加重原則之刑罰目的，而定其應執行之有期徒刑，與第一審判決所定應執行之有期徒刑相較，尚稱均衡，並無明顯偏低之情形。

原判決就上開所定應執行之刑，復敘明：被告上開各犯行，被害人相同，犯罪性質類似，犯罪時間為102 年4月1日起至106年2月底止，實質侵害法益之質與量，未如形式上單從罪數所包含範圍之鉅，如以實質累加之方式定應執行刑，其刑度將超過其行為之不法內涵，有違罪責相當性原則；另考量因生命有限，刑罰對受刑人所造成之痛苦程度，係隨刑度增加而生加乘效果，而非以等比方式增加，以隨罪數增加遞減刑罰之方式，定其應執行之刑（有期徒刑12年6 月），已足以評價其行為之不法等旨。又原判決所宣告各刑合併之總刑期為有期徒刑37年7 月，基於多數犯罪責任遞減之概念，宜隨罪數增加遞減其刑期（即刑期非等比增加），故原判決雖論處被告27罪刑，而被告所犯多次罪刑亦具有矯正必要性，然基於前述刑罰邊際效應隨刑期而遞減、行為人所生痛苦程度隨刑期而遞增、執行過長刑期不利行為人復歸社會，以及恤刑但不過度刑罰優惠等刑事政策，兼衡被害人同一、犯罪性質及具體情節相同或類似、犯罪之時間具持續性、犯罪地點集中在被告住處旁補習班內（少數幾次犯行係在出遊時為

之），可認各罪間之關係獨立性偏低，且行為人透過各罪所顯示之人格面亦無明顯差異，原應酌定較低之執行刑。然被告侵害A女之法益多次而具不可回復性，致A女身心受創程度急劇加深因而患有憂鬱症，被告因偏重在顧慮、迴避自身責任，而未妥善設法處理A女身心創傷，致發生A女因心理壓力而於年僅17歲之荳蔻年華即自殺身亡之重大憾事，足徵被告侵害法益之加重或加乘效應甚鉅；抑有進者，被告於前後長達近4 年與A女為多次性交或猥褻之行為後，與A女遽然分手，據A女就讀高中之性別平等教育委員會代表陳○玲、衛生福利部桃園療養院醫師林○立於偵查中、第一審及原審審理時一致證稱：A女覺得被被告拋棄、髒掉了等語（見原判決第10頁）。且稽之A女就讀高中之性別平等教育委員會所製作之調查報告書顯示，A女被拋棄之感受極端強烈之原因，係因被告趁A女欠缺家庭照護之機會，對A女為長達近4年之性交及猥褻行為後，突對A女之態度丕變，不再理會A女，致A女憂鬱症復發並加重病情，再度為割腕等自殘行為，被告仍未多加理會，讓A女有被告對其始亂終棄之憾（見第一審卷第77頁），可見被告行為後，未能妥適處理2人之關係，反而對A女冷淡，終導致A女自殺身亡，反應被告較不顧及被害人感受之人格特性，以及漠視犯罪所生危害之處事態度，而應酌定較高之執行刑。

是以，原判決就各罪所處之刑既未逾越其所犯刑法第227 條第1 項（3年以上10年以下有期徒刑）、第2項（6月以上5年以下有期徒刑）、第3項（7年以下有期徒刑）各罪之法定刑度，且所定應執行之刑，亦在所宣告各刑中之最長期即有期徒刑3年4 月以上，各刑合併之刑期即有期徒刑37年7月以下，並未逾越法律規定之界限，亦無明顯濫用裁量權而有違反公平、比例及罪刑相當原則，尚難任意指為違法。

檢察官上訴意旨指摘原判決量刑過輕不當，及被告上訴意旨㈡泛指原判決量刑過重不當云云，均非合法之上訴第三審理由。

(三)綜上，檢察官及被告上訴意旨，係徒憑己見，或就原審關於法律適用已明確論斷說明之事項，或就原審量刑裁量職權之適法行使，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，依據首揭說明，應認檢察官及被告之上訴，均為違背法律上之程式，皆予駁回。

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　　110　　年　　3　　月　　31　　日

刑事第七庭審判長法　官　李　錦　樑

法　官　蔡　彩　貞

法　官　林　孟　宜

法　官　吳　淑　惠

法　官　邱　忠　義

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　4　　月　　8　　日