

裁判字號：最高法院 104 年台上字第 1449 號刑事判決

裁判日期：民國 104 年 05 月 21 日

裁判案由：家暴妨害性自主

最高法院刑事判決 一〇四年度台上字第一四四九號

上訴人 蕭○○（姓名、年籍詳卷，

選任辯護人 陳亮佑律師

黃鈺淳律師

雷麗律師

上列上訴人因家暴妨害性自主案件，不服台灣高等法院中華民國一〇四年二月二十六日第二審判決（一〇三年度侵上訴字第三四五號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇一年度偵字第一七五七二號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。本件上訴人蕭○○上訴意旨略以：(一)上訴人於第一審、原審均聲請傳喚證人A女（姓名、年籍詳卷）及汪定邦，第一審及原審，不予傳喚，僅憑A女之陳報狀認定事實，致上訴人無法對A女行交互詰問，影響上訴人之詰問權。汪定邦可證明上訴人與A女於案發當天還一起逛夜市，第一審未予傳喚，致原審審理時因證人搬遷而傳喚不到，原審以A女住址不正確而不再傳喚，上訴人遭羈押和外界聯絡管道斷絕，如何能提出正確之地址？原審對有利於上訴人之證據，皆未予調查，難昭折服。(二)A女於審判外不利於上訴人之陳述，屬傳聞證據，未經具結及對質詰問，不得作為證據。A女於民國一〇一年九月十七日檢察官偵查時，訊問筆錄固記載檢察官命A女具結等語，然遍查該卷，並無結文附卷，則A女是否依法踐行證人具結之程序，非無疑問，難謂無瑕疵。上訴人於第一審聲請傳喚A女，但A女屢傳未到，致上訴人無從對其不利於己之證詞行交互詰問，證據調查程序未完足，A女於一〇三年七月十四日方經第一審法院拘提到案，並就本案訊問，然查該次訊問筆錄，未依法諭知偽證罪之處罰或踐行具結之程序，其證言之真實性無從擔保，不能以其片面說詞遽認上訴人有強制性交犯行。A女並無不得命具結之情形，上訴人亦無行使對質詰問權之機會，原判決竟以其證詞認定上訴人之犯行

，與證據調查之嚴格證明法則有悖，自不得作判決之依據。原審認A女於警詢及偵訊中之陳述，有證據能力，作為判決之依據，顯有不當，並有應調查之證據未予調查之違法。(三)我國刑事訴訟制度於第二審採事實覆審制，第二審法院本有重啟調查證據，釐清犯罪事實之義務。上訴人於原審聲請傳喚A女，原審怠為傳喚，犧牲上訴人之憲法上保障之防禦權。又傳聞法則本在避免被告就證人不利於己之陳述無辯明之機會，其例外自應從嚴解釋，以保障被告對質詰問權。原審未克盡傳喚、敦促證人到庭之義務，寬認A女之證言屬傳聞證據之例外，得不予傳喚，訴訟程序難謂無瑕疵。(四)依原判決認定之事實，上訴人於一〇一年九月六日七時許，侵入A女之家中，對其強制性交得逞，復於一〇一年九月七日下午四時至五時許，違反A女之意願對其強制性交得手，則兩次強制性交之行為時間密接，且均於A女之住宅內，上訴人主觀上基於單一之犯意，以數個舉動接續進行，而侵害同一法益，在時間、空間上有密切關係，依一般社會健全觀念，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，應評價為接續之一行為，論以接續犯。原判決未敘述何以認定係兩行為之具體理由，僅以寥寥數語，謂上訴人所犯兩罪，犯意個別，行為互殊，應分論併罰云云，認本件並無接續犯之適用，有判決不載理由之違法。(五)A女具狀稱其因身心創傷無法陳述云云，但依其就醫紀錄顯與一般性侵害受害者不同，案發後僅就診二次，第三次就診相隔亦近一年，且係於原審要調閱就診紀錄後才就醫，是否確因本案受身心創傷，顯然有疑。(六)A女之反應與一般性侵害受害者有違。其稱第一次性行為完後上訴人先進入浴室，其在上訴人洗澡時只隨手翻包包要拿防狼噴霧劑，但未拿到，後上訴人離開等語，A女非但未求救亦未拿出噴霧劑，其於無人監控下未為任何防範，實違常情。(七)A女於警詢、偵查、第一審之證言前後不一，且與常理不合，非如原判決所稱陳述始終一致。A女於警詢稱上訴人由後門進入，偵查時改稱看到上訴人破壞門窗進入，於第一審則稱打開房門即看到上訴人在廚房前，三次所述皆不相同，且門窗確未遭破壞。再其所述性行為之過程，上訴人持刀架在其脖子後，親吻其胸部、舔下體，若依其所言，上訴人如何一邊持刀架在其脖子上一邊舔其下體？且A女於偵查稱手被割到，但驗傷報告卻無刀傷，於第一審稱上訴人持刀割自己手腕，亦有不一。原判決未解釋何以刀柄上A女之指紋係在上訴人指紋之上，即偏採A女所言。A女警詢時稱性行為結束後上訴人去浴室沖洗，也叫其進去，偵查中稱上訴人要求其一起洗澡，原審時改稱上訴人拉其進浴室沖洗，亦不一致。A女於二日內領取包裹之事實，有監視錄影翻拍照片可佐，足見其向證人哭訴之內容可能造假，證人亦稱A女神情正常來領包裹，證人亦未親身體驗A女所指訴之內容。上訴人於案發後打電話至警衛室詢問，亦回撥電話至派出所警員之手機，皆與一般犯罪者之行徑不同，不能僅憑A女之證詞即認定上訴人犯行。原判決認定事實，顯違經驗法則、論理法則云云。

二、惟查原判決依憑上訴人之部分自白，證人A女、劉○財之證言，扣案水果刀一把、衣架一支，卷附桃園縣（已改制為桃園市）政府家庭暴力暨性侵害防治中心保護個案摘要報告，內政部警政署刑事警察局一〇一年十月二十二日刑醫字第一〇一〇一二八〇九七號鑑定書、刑事案件證物採驗紀錄表、刑案現場照片，台北榮民總醫院臨床毒物科檢驗報告、一〇二年一月二十一日北總內字第〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇號函，中華電信公司查詢單，監視錄影翻拍照片，敏盛綜合醫院受理疑似性侵害事件驗傷診斷書，第一審法院刑事案件公務電話紀錄查詢表，上訴人之台灣高等法院被告前案紀錄表，衛生福利部桃園療養院一〇三年一月八日精神鑑定報告書，一六八MOTEL覆函等證據資料，資以認定上訴人有原判決事實欄所記載之犯罪事實，因而維持第一審關於論處上訴人犯攜帶兇器侵入住宅強制性交罪刑，又犯侵入住宅以藥劑強制性交罪刑（均累犯）部分之判決，駁回上訴人該等部分之第二審上訴，已詳述其依憑之證據及認定之理由。並對於上訴人矢口否認有何妨害性自主之犯行，辯稱：因A女通知社區警衛不讓伊進出社區，伊為求復合，始攀爬進入A女住宅，A女發現伊在陽台後，自行開窗讓伊進入，並無侵入住宅之犯意；伊與A女有如原判決事實欄一、(一)發生性行為，然係出於雙方之合意，並未違反A女之意願；事實欄一、(二)部分，A女服藥後，伊僅在旁自慰，未再與A女性交。A女之意識很清楚，期間尚外出領包裹、與家人聯絡，均未對外求救，顯見伊所為未違反A女之意願，本案僅有A女之單一指訴，別無其他佐證，不能證明伊犯罪云云。經綜合調查證據之結果，認不可採，已在判決內詳予指駁，並說明其理由。所為論述，核與卷證資料相符，從形式上觀察，並無違背法令之情形。

三、按認事採證、證據之取捨及證據證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，苟無違背證據法則，自不能指為違法。又性侵害犯罪防治法第十七條第一款規定：被害人於審判中有因性侵害致身心創傷無法陳述者，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據，此即為傳聞證據之例外規定。原判決已說明A女於第一審時，如何經三度合法傳喚並未到庭，後雖經拘提到庭，惟A女於訊問時情緒激動，無法陳述，經向A女就醫之安心診所函查結果，其如何係因焦慮狀態及睡眠障礙至該診所就診九次，證人即輔導A女之社工（代碼599，姓名、年籍詳卷）亦到庭證稱其如何自案發後至一〇二年八月二十七日每月至少輔導A女一次，A女如何從偵查起情緒即非常不穩定，在偵訊過程中也有中斷情形，在提到案發過程時，A女會歇斯底里、不斷哭泣，甚至有輕生念頭，A女於收到法院傳票後，睡眠障礙加劇，如何有極強的不安全感，堅持不想再談及本案等語。依卷附桃園縣政府家庭暴力暨性侵害防治中心保護個案摘要報告亦載明A女目前只要談及與事件相關話題，即會難過落淚且無法對話，抗拒面對與訴訟相關之話題等語。綜上如何可見A女確有因性

侵害致身心創傷無法陳述之情事。其於原審時如何亦具狀陳明上情，表示無法正常出庭等語，與上揭輔導之意見相符，因認無再加傳喚、拘提之必要。又A女於警員詢問時之陳述，如何於客觀上堪認具有可信之特別情況，且為證明本案犯罪事實之存否所必要者，依前揭規定，認有證據能力。原判決已詳加敘明理由，並非單憑A女之陳報狀即為認定。上訴意旨空言指A女之就醫紀錄不合常情，因原審要調閱其就診紀錄後才就醫，懷疑A女是否因本案受身心創傷云云，並非適法之上訴理由。

四、被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項定有明文。此乃鑒於檢察官代表國家偵查犯罪，依法有訊問證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須具結，其可信性極高，在立法政策上特予承認原則上具有證據能力，於顯有不可信之情況，始例外否定其得為證據。原判決已說明A女於檢察官偵查中之陳述，如何符合該條規定，有證據能力之理由。且稽之卷內，檢察官於一〇一年九月十七日訊問A女前，已諭知其具結之義務及偽證罪之處罰，並命A女朗讀結文後具結，各有筆錄及結文在卷可稽（見偵字第一七五七二號卷第六六頁至第七一頁）。並無上訴意旨所指之未經合法具結之情形，上訴意旨指摘A女之證言未經具結，不得作為判決之依據云云，並非依據卷內證據資料，而為指摘，難認係上訴第三審之合法理由。

五、關於上訴人侵入住宅、攜帶兇器強制性交部分，A女就上訴人如何進入其住處，並持水果刀以強暴之方式，違反其意願，親吻其胸部、下體，並以陰莖插入其陰道內等基本事實，於警詢、偵查時指訴如何始終一致。參酌桃園縣政府家庭暴力暨性侵害防治中心保護個案摘要報告，及A女於偵查中陳述有崩潰哭泣之情緒反應，如何顯見A女確實因上訴人之行為而受有心理創傷。其證言如何可信為真。觀諸上訴人如何未經A女之同意，即自A女住處後方防火巷，沿冷氣壓縮機爬上圍牆，再利用窗戶未上鎖之機會打開窗戶進入屋內，在廚房取得水果刀割自己之手，並以陰莖插入A女之陰道，有射精、沒有帶保險套等情，如何均經上訴人自承，核與A女於警詢、偵查時指訴相合，堪認屬實。關於侵入住宅以藥劑強制性交部分，上訴人如何以膠帶綑綁A女，拿刀作勢要割A女脖子，上訴人一度離開A女住處去拿安眠藥，並強逼A女服用安眠藥，再持刀綑綁A女手腕、腳踝，嗣撕下A女腳踝之膠帶，舔A女下體後，以陰莖插入A女陰道，暨A女清醒後以防狼噴霧器反抗，反遭上訴人以衣架套勒脖子等情節，迭經A女於警詢、偵查時指訴歷歷，核與上訴人在警詢、偵查及第一審時所供相符，並有卷內其餘客觀證據可供佐證等情。原判決均已一一加以指明。另上訴人所辯其與A女係合意性交，於原審時辯稱沒有第二次性交，其僅在旁自慰乙節，原判決亦以A女及上訴人二人如何已於一〇一年八月間分手，因A女曾向社區保全告以不要讓上訴人進入社區，故社區警衛不會讓上訴人進入A女住處，如何可見A女與上訴人感情不睦，A女應無可能同意與上訴人

發生性行為，上訴人如何係持A女廚房之水果刀為之，足可推認A女性自主決定權完全受到壓抑。而第一次性交行為結束後，上訴人給A女服用鎮定安眠劑若平膜依錠，如何時間密集、藥量甚鉅，期間復飲用酒類，其藥效反應當更強烈。參酌上訴人所供及A女之證言，A女如何應係出於絕望、無奈，在極為恐懼之狀態下，向上訴人徵詢是否可以服用鎮定安眠劑若平膜依錠以替代上訴人可能之不理性舉措，避免受到難以平復之傷害，如何應係上訴人強逼A女服用鎮定安眠劑若平膜依錠。A女於鎮定安眠劑若平膜依錠藥效退去後，為脫離上訴人之掌握，如何有以防狼噴霧劑為激烈之反抗，卷附敏盛綜合醫院受理疑似性侵害事件驗傷診斷書，顯示A女之頸部有勒痕、手及腳部有擦傷瘀青，另A女陰部有紅腫乙情，均足徵上訴人以其陰莖插入A女陰道之過程非屬平和。上揭事證均足徵A女無意願與上訴人為性交行為自明。復有證人即社區警衛劉○財證稱A女在一〇一年九月七日晚上至警衛室領取包裹時崩潰大哭，稱其遭上訴人用膠帶捆了二天等情，為其認定上訴人確係以強暴之手段，違反A女之意願，而為本件強制性交行為之理由，因認上訴人二次犯行，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。原判決俱依卷內證據資料，逐一審認、論駁，其推理論斷衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，亦非單憑A女之指證而為認定，自不得指為違法。

六、刑事被告對證人有對質詰問之權利，固屬憲法第十六條保障人民之訴訟權利之一，且係憲法第八條第一項規定之正當法律程序所保障之權利，惟其未行使詰問權倘非可歸責於法院，且法院已盡傳喚、拘提證人到庭之義務，而其未詰問之不利益業經由法院採取衡平之措施，其防禦權業經程序上獲得充分保障時，則容許例外地援用未經被告詰問之證詞，採為認定被告犯罪事實之證據。本件A女於第一審時如何屢傳不到，經拘提到庭後又如何因情緒激動而無法訊問，其如何確有因性侵害致身心創傷無法陳述之情事，認無再加傳喚、拘提之必要。如何已符合性侵害犯罪防治法第十七條第一款之規定，原判決已說明如上，足認A女客觀上有不能到庭接受詰問之情形，是事實審法院已盡促使證人到庭之義務，且其不到庭或無法陳述亦非可歸責於法院之事由，則原審就A女於警詢、偵查中之證言經合法調查後，採為判斷依據，併敘明A女於偵查中不利於上訴人之供述，如何與其他補強證據調查結果相符，並非以該不利於上訴人之供述作為認定上訴人本件犯行之唯一證據，自不容任意指摘為違法。上訴人於原審時聲請傳喚汪定邦，以證明一〇一年九月六日晚上上訴人與A女尚外出逛夜市乙節，然因其遲至原審始為此主張，與其之前所供及A女之證言，如何均不相符，上訴人又未提出汪定邦之正確地址，原審亦無從調查，因認無調查之必要，原判決亦加以說明。原審未依上訴人之聲請，再為無益之調查，並無調查職責未盡之違法。上訴意旨指稱原審侵害其防禦權、調查未盡云云，係以自己之說詞，任意指摘，自非適法之第三審上訴理由。

七、供述證據前後，雖稍有參差或互相矛盾，事實審法院非不可

本於經驗法則，斟酌其他證據，作合理之比較，定其取捨。從而供述證據之一部認為真實者予以採取，亦非證據法則所不許。原判決已說明A女之證言如何於主要基本事實，前後一致，可以採信之理由，且已指明A女之意思自由如何確遭到上訴人壓抑，A女又如何曾有反抗之情，所為裁量、判斷，無違經驗法則或論理法則，亦無上訴意旨所指之不合常情之處。而上訴人對如何未經A女同意而入屋內，入屋後如何拿取A女廚房中之水果刀等情，均自承不諱，且與A女所述相合，則原判決未就A女證言中與構成要件無關之枝節事項，贅為說明取捨之理由，即與理由不備之違法情形有間，不得執為上訴第三審之理由。至A女於第一審到庭，未經審理程序，僅由第一審受命法官訊問，原判決採A女該次證述，資為認定上訴人犯罪之證據，自屬不當。惟縱除去此部分證據，依憑A女於警詢、偵查時之證述並綜合案內其他證據，仍應為相同之認定，於原判決之本旨並無影響，仍不得執為上訴第三審之合法理由。上訴人上訴意旨，或係對原審取捨證據與證據證明力判斷之職權行使及原判決理由已經說明之事項，徒以自己之說詞、漫事爭執，或就不影響於判決本旨事項再為事實上之爭辯，泛指其為違法，皆非適法之第三審上訴理由，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇四 年 五 月 二十 一 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 張 春 福

法官 吳 信 銘

法官 林 英 志

法官 蔡 國 卿

法官 許 錦 印

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇四 年 五 月 二十九 日

E